

T 23791

I

TESIS DOCTORAL

**Aspectos civiles de las Cooperativas de
viviendas.**

La adjudicación de la vivienda al socio.

Presentada por D^a. Ana Lambea Rueda
Bajo la dirección de la Catedrática de Derecho Civil
Dña. M^a del Carmen Gómez Laplaza



X-53-396683-2

23791

I

Universidad Complutense de Madrid
Facultad de Derecho
1999

TESIS DOCTORAL

**Aspectos civiles de las Cooperativas de
viviendas.**

La adjudicación de la vivienda al socio.

Presentada por D^a. Ana Lambea Rueda
Bajo la dirección de la Catedrática de Derecho Civil
Dña. M^a del Carmen Gómez Laplaza

VOLUMEN I

Universidad Complutense de Madrid
Facultad de Derecho
1999

INTRODUCCIÓN

Es por todos conocida la difusión cada vez mayor de las Cooperativas de viviendas, como fórmula a través de la cual se accede a la vivienda en condiciones especialmente ventajosas, y ello aunque se trate de una realidad cuyo origen en nuestro ordenamiento se localiza ya en los albores del siglo XX. Pese a las excelencias y virtudes de su régimen jurídico, especialmente desde el punto de vista tributario, la expansión de la figura no lleva aparejada una correlativa y correcta divulgación de su contenido, practicándose en la actualidad en términos muy similares a la promoción inmobiliaria más “pura”, debido principalmente a la intervención “de facto” de algunos sujetos de reciente aparición. Es el caso de las gestoras de Cooperativas, que llegan en algunos supuestos, por todos conocidos, a extremos que rozan la ilegalidad. Tal circunstancia, a la que se añaden las dificultades de encontrar una regulación cooperativa específica y por sectores, contribuye a la confusión cada vez mayor en su desarrollo, y ello pese a que se pretenda hacernos creer lo contrario, especialmente con la promulgación de la reciente Ley de Cooperativas de 1999, de ámbito estatal –a la que nos referiremos, sin olvidar la derogada y anterior de 1987-, y de las numerosas y novedosas Leyes de Comunidades Autónomas. Tomamos como punto inicial de la investigación, la afirmación de que tanto los supuestos más actuales de las Cooperativas de viviendas, como el ingreso del socio en la misma y su repercusión sobre la adquisición de la propiedad de la vivienda, son cuestiones que no han sido analizadas por la doctrina, ni reguladas debidamente por el legislador, que no ha tenido en cuenta su comprensión y desarrollo en conexión con el resto del ordenamiento jurídico, especialmente el Derecho civil. En múltiples ocasiones la jurisprudencia se enfrenta con litigios

cooperativos, en materia de viviendas, y acude tanto al Derecho de obligaciones y contratos como a la legislación cooperativa para resolver los asuntos, sin encontrar un nexo entre las normas cooperativas y el Derecho Civil en aquellos casos en que es necesario.

A partir de estas premisas, para nosotros muy valiosas desde el punto de vista científico y práctico, hemos construido el presente trabajo. Éste se compone de una sucesión de aspectos diversos que nos llevarán al entendimiento y planteamiento correcto de las cuestiones cooperativas principales, la adjudicación de la vivienda al socio, los sujetos que intervienen en la misma, y las relaciones jurídicas entre ellos, además de la justificación del estudio de la materia desde el punto de vista civil.

Antes de comenzar, es necesario plantear las razones y contenido de las distintas cuestiones que se presentan al lector. El núcleo central de la tesis, correspondiente a los capítulos segundo, tercero y cuarto, es el análisis de la especial relación que existe entre la Cooperativa y el socio en las Cooperativas de viviendas, en orden a averiguar la forma y el fundamento jurídico de la adquisición de la propiedad de la vivienda por éste, la “adjudicación de la vivienda”, objeto y fin de la Cooperativa y esencia de la misma como actividad o servicio cooperativo. La admisión de una u otra opinión doctrinal respecto a la relación entre la Cooperativa y el socio, en general y en las Cooperativas de viviendas en particular, nos exigía la investigación de ambos sujetos. En tal sentido, la figura del socio, usuario, no planteaba problemas. Sin embargo, respecto de la Cooperativa surgían dudas referidas al concepto mismo de persona jurídica a la que corresponde, asunto que la doctrina civilista no tenía en cuenta excesivamente, y que no había sido objeto de un estudio en profundidad, existiendo opiniones variadas, pero excesivamente genéricas y desde puntos de vista

exclusivamente prácticos, que no diferenciaban tampoco las diversas clases de Cooperativas. De tal manera, aunque el núcleo teórico es el estudio de la relación entre la Cooperativa de viviendas y el socio, en orden a la adjudicación de la vivienda, ha sido preciso ahondar en cuestiones previas, al enfrentarse con la Cooperativa en general, sin las cuales esta tesis no sería completa.

Por ello, en orden cronológico y necesario, presentamos inicialmente, en el capítulo primero, el estudio de la Cooperativa como persona jurídica, para una vez resuelta y refiriéndonos a las Cooperativas de viviendas en particular, avanzar, en el resto de capítulos, en el análisis de la compleja relación entre la Cooperativa y el socio hasta llegar a la adquisición de la propiedad de la vivienda por éste último. En el examen de dicha relación y de la actividad cooperativa que implica, ofrecemos y distinguimos varias facetas o aspectos.

En el capítulo segundo se analiza la distinción de las Cooperativas de viviendas como clase específica con especiales caracteres, así como el estudio del concepto de servicio o actividad cooperativa y la relación existente entre los sujetos principales. Estas cuestiones se abordan desde el punto de vista legal, doctrinal y jurisprudencial, junto al planteamiento de posibilidades admitidas en otros ordenamientos jurídicos.

A continuación, en el capítulo tercero, se desarrollan el contenido y especialidades de la relación entre la Cooperativa y el socio, básicamente cooperativa y representativa; que se completa, en el cuarto capítulo, con el estudio de la copropiedad o comunidad de socios sobre la llamada “masa de gestión económica”, en orden al correcto planteamiento del proceso de adjudicación de la vivienda, y la adquisición por el socio de la propiedad de ésta. Dicha comunidad es el germen de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, y coexiste con la Cooperativa, dependiendo de

ella. Así mismo, esbozamos y sugerimos la distinción de las fases o momentos que se suceden en el camino de persecución del objetivo, la vivienda, admitidas en otros ordenamientos y que precisan diferenciarse teórica y necesariamente en el nuestro, en orden a una comprensión correcta de las cuestiones esenciales respecto de la adjudicación de la vivienda.

Una vez sentadas las bases y consecuencias de la compleja relación entre los sujetos principales, la Cooperativa y el socio, en el quinto y último capítulo se perfilan las relaciones jurídicas de ambos con los terceros intervinientes en la consecución de las viviendas, que se desarrollan en algún caso por su especificidad e importancia, como es el de las empresas gestoras de Cooperativas.

CAPÍTULO I. LA COOPERATIVA COMO PERSONA JURÍDICA EN NUESTRO ORDENAMIENTO. Sociedad o asociación: Realidad actual y evolución histórica de la visión del legislador y la doctrina. _____ **1**

INTRODUCCIÓN _____ **1**

I. PLANTEAMIENTO DEL OBJETO DE ESTUDIO, la Cooperativa como persona jurídica: sociedad o asociación. _____ **7**

II. LA COOPERATIVA: situación actual y evolución legislativa. _____ **12**

1. SITUACIÓN ACTUAL: CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA; LEY DE COOPERATIVAS DE 1999; NORMAS COMUNITARIAS Y AUTONÓMICAS. _____ **13**

1.1. La Constitución española de 1978. _____ **14**

1.2. Ley de Cooperativas de 1999. _____ **24**

1.3. Derecho autonómico. _____ **30**

1.3.1. Ámbito de aplicación de la derogada Ley General de Cooperativas de 1987. _____ **30**

1.3.2. Ámbito de aplicación de la Ley de Cooperativas de 1999. _____ **35**

1.4. Derecho comunitario. _____ **38**

1.4.1. Normas de Derecho originario _____ **39**

1.4.2. Normas de Derecho derivado _____ **40**

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN, SOCIEDADES Y COOPERATIVAS: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS. _____ **45**

2.1. SIGLO XIX. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS. _____ **45**

2.2. SIGLO XX. _____ **51**

2.2.1. Hasta 1931. _____ **51**

2.2.2. De 1931 a 1978: normas cooperativas anteriores a la Constitución de 1978. _____ **51**

2.2.3. Ley General de Cooperativas de 1987, derogada por la Ley de Cooperativas de 1999. _____ **58**

I. Evolución y Proyectos de Ley desde la elaboración de la Constitución española hasta la redacción de la LGC de 1987. _____ **59**

II. Ley General de Cooperativas de 1987. _____ **63**

3. EXAMEN DE OTRAS NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y DERECHO COMPARADO. _____ **69**

3.1. Otras normas de nuestro ordenamiento, en concreto penales, fiscales y de consumo. _____ **69**

3.2. Derecho comparado. _____ **72**

3.3. Organismos internacionales: Alianza Cooperativa Internacional y Organización internacional del Trabajo. _____ **83**

3.3.4. Crisis de la persona jurídica y sustrato cooperativo. _____ **85**

III. LA COOPERATIVA, persona jurídica: la visión de la doctrina. _____ **89**

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. _____ **89**

2. LA COOPERATIVA: ¿sociedad o asociación? _____ **92**

2.1. Teoría tradicional: Concepto estricto de sociedad. Las Cooperativas como asociaciones de interés particular no societarias. _____ **93**

2.2. Admisión del concepto amplio de sociedad: Las Cooperativas como asociaciones con estructura estatutaria, dentro de las sociedades. _____ **95**

3. LA COOPERATIVA COMO SOCIEDAD: ¿MERCANTIL, CIVIL O INDEPENDIENTE? _____ **100**

3.1. Introducción. _____ **100**

3.2. Pertenencia de la Cooperativa al Derecho mercantil: La Cooperativa como Sociedad Mercantil. _____ **101**

3.2.1. Doctrina favorable a la pertenencia de la Cooperativa al Derecho Mercantil. _____ **101**

3.2.2. Estudio de la consideración de las Cooperativas como entidades mercantiles. _____ **104**

3.3. La Cooperativa como Sociedad Civil, semejanzas y diferencias entre la sociedad civil y la Cooperativa. _____ **110**

4. LA COOPERATIVA COMO ASOCIACIÓN: PARALELISMO ENTRE AMBAS FIGURAS. _	125
4.1. Planteamiento y visión de la doctrina. _____	125
4.2. Argumentos en favor de la consideración como asociaciones y paralelismo con ellas. ____	130
5. LA COOPERATIVA COMO ENTIDAD AUTÓNOMA E INDEPENDIENTE. _____	136
 IV. CONCLUSIONES. _____	 147

CAPÍTULO II. COOPERATIVAS DE VIVIENDAS. La actividad cooperativa, en especial, la adjudicación de la vivienda al socio como esencia de la relación jurídica entre la Cooperativa y el socio. _____ **156**

INTRODUCCIÓN _____ **156**

I. COOPERATIVAS DE VIVIENDAS EN GENERAL: tratamiento específico de ellas; regulación actual; aparición y evolución de la figura. _____ **158**

1. RAZONES DE UN TRATAMIENTO DE LAS COOPERATIVAS EN FUNCIÓN DE LAS CLASES EXISTENTES.	158
2. LAS COOPERATIVAS DE VIVIENDAS: situación actual y evolución legislativa.	165
2.1. Situación actual.	166
2.2.1. Ley de Cooperativas de 1999.	167
2.2.2. Derecho autonómico.	169
2.2.3. Derecho comunitario.	170
2.2. Evolución histórica.	171
2.3. Examen de otras normas del ordenamiento jurídico que tienen en cuenta a las Cooperativas de viviendas como clase específica, con caracteres especiales: legislación fiscal sobre Cooperativas.	181
2.4. Las Cooperativas de viviendas en el Derecho comparado: Italia, Francia y Portugal.	186

II. LOS SERVICIOS O ACTIVIDAD COOPERATIVA, especialmente la adjudicación de vivienda. _____ **194**

1. SITUACIÓN ACTUAL: LEY DE COOPERATIVAS DE 1999. Participación del socio en las actividades cooperativas, como derecho y deber de socios y Cooperativa; su situación dentro del régimen económico de la Cooperativa, en general y en particular en las Cooperativas de viviendas.	194
2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA: La actividad cooperativa como derecho y deber de los socios y prestación económica a la Cooperativa, en general y especialmente en las Cooperativas de viviendas.	202

III. COOPERATIVAS DE VIVIENDAS, ADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA AL COOPERATIVISTA. RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LA COOPERATIVA Y EL SOCIO EN VIRTUD DE LA QUE SURGE LA ADJUDICACIÓN. TEORÍAS DOCTRINALES. _____ **209**

1. VISIÓN INICIAL DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS QUE, A PRIORI, DEBEN TENERSE EN CUENTA.	211
2. EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS TEORÍAS DOCTRINALES SOBRE LA ADJUDICACIÓN Y LA RELACIÓN ENTRE LA COOPERATIVA Y EL SOCIO.	219
2.1. ACTO DEBIDO.	220
2.1.1. La teoría del acto debido aplicada a la prestación accesoria de la Cooperativa al socio.	221
2.1.2. La doctrina italiana sobre el acto debido.	224
2.1.3. El acto debido en el derecho de obligaciones: el pago o cumplimiento como principal supuesto: doctrina española.	228
2.1.4. Posibilidad de aplicar la teoría del acto debido a la prestación de vivienda al socio cooperativo en las Cooperativas de viviendas en nuestro ordenamiento jurídico. Distinción según los supuestos estudiados y las etapas durante las que dicha prestación se produce.	232
2.1.5. Otra posibilidad: negocio jurídico de adjudicación, que se independiza de su condición de acto debido.	241
2.1.6. Soluciones que requieren modificaciones legislativas y doctrinales importantes: El negocio jurídico de adjudicación como contrato de cambio o transmisión onerosa entre la Cooperativa y el socio.	246
I. Italia	247
II. Francia.	253

III. Portugal.	259
IV. Posible aplicación al supuesto cooperativo español.	259
2.2. ACTO COOPERATIVO.	269
2.3. INTERPOSICIÓN GESTORA.	271
2.3.1. Desarrollo de la teoría de la interposición gestora.	271
2.3.2. Visión crítica de la teoría de la interposición gestora. Cuestiones que resuelve y problemas que plantea.	281
I. Cuestiones y aspectos de las Cooperativas de viviendas que se resolverían con esta teoría.	281
II. Problemas que plantea la admisión de esta teoría	283
2.3.3. Una nueva visión del problema, distinción de diversos supuestos, ya planteados al inicio del estudio de la adjudicación de la vivienda como servicio o actividad cooperativa, y aplicación a éstos de la teoría de la representación indirecta.	287
I. Construcción por un tercero mediante encargo de la Cooperativa, o directamente por ésta.	288
II. Gestión propia o ajena de la Cooperativa.	291
2.3.4. Aplicación de la teoría de la representación indirecta y distinción de supuestos según la sala primera del Tribunal Supremo.	294
3. CONCLUSIONES.	306
4. UNA NUEVA VISIÓN DEL PROBLEMA: propiedad individual o copropiedad sobre lo aportado para la obtención de la actividad cooperativa, de las viviendas.	307
4.1. Comunidad o copropiedad de los socios sobre las cantidades aportadas para la construcción de las viviendas.	312
4.2. Propiedad individual del socio sobre su aportación para la construcción de la vivienda.	314
IV. CONCLUSIONES	315

CAPÍTULO III. RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LA COOPERATIVA Y EL SOCIO. La representación del socio por la Cooperativa. _____ 322

INTRODUCCIÓN. _____ 322

RELACIÓN ENTRE LA COOPERATIVA Y EL SOCIO. _____ 326

1. Teoría de la INTERPOSICIÓN GESTORA. Exclusión de otras posibilidades como la representación mercantil, nuncio, mediación, gestión de negocios ajenos, contrato a favor de tercero, contrato para persona a designar, y negocio fiduciario. _____	326
Ideas previas _____	326
1.1. Interposición gestora _____	329
1.2. Representación mercantil. _____	334
1.2.1. Representación orgánica _____	335
1.2.1. Representación voluntaria. _____	338
1.3. Cooperadores de hecho. Nuncio o mensajero. Intermediación. _____	342
1.4. Mediación. _____	345
1.5. Gestión de negocios ajenos. _____	346
1.6. Contrato a favor de tercero. _____	350
1.6.1. Introducción. El contrato a favor de tercero en general. _____	350
1.6.2. Admisión de esta hipótesis en el supuesto cooperativo. _____	352
1.7. Negocio celebrado por persona a designar. _____	355
1.7.1. En general. _____	355
1.7.2. Aplicación al caso cooperativo. _____	359
1.8. Negocio fiduciario basado en la confianza. _____	361
1.8.1. Introducción. Concepción actual del negocio fiduciario. _____	361
1.8.2. Aplicación del negocio fiduciario al supuesto cooperativo _____	363
2. REPRESENTACIÓN. _____	365
2.1. Representación con base en el contrato de mandato. Posibilidad de que exista un mandato entre la Cooperativa y el socio. _____	366
2.2. Representación basada en el negocio jurídico de constitución de la Cooperativa. _____	370
2.2.1. Clases de representación: directa e indirecta, actuación y eficacia. Tipo de representación existente entre la Cooperativa y el socio. _____	376
2.2.2. Duración de la representación. _____	380
2.2.3. Relaciones jurídicas que existen en la representación, y sujetos que intervienen en ellas. _____	388
2.2.4. Relación representativa. Objeto y contenido. Efectos jurídicos. _____	391
I. Deberes del representante. _____	392
1.1. Representación en general. _____	392
1.2. Ley de Cooperativas de 1999. _____	394
A. Normas específicas de Cooperativas de viviendas. _____	395
B. Normas generales sobre Cooperativas. _____	404
II. Deberes del representado. _____	417
1. Representación en general. _____	417
2. Ley de Cooperativas de 1999. _____	418
A. Normas específicas de Cooperativas de viviendas. _____	418
B. Normas generales sobre Cooperativas. _____	419
III. Forma de la representación. _____	420
IV. Extensión del poder y límites. _____	423
V. Responsabilidad del representante. _____	428
VI. Efectos jurídicos de la representación. _____	431
VI.1. Eficacia de la representación directa e indirecta. _____	431
VI.2. Eficacia de la representación en el caso cooperativo, en general y en la práctica. _____	438
3. CONCLUSIONES. _____	460

CAPÍTULO IV. RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LA COOPERATIVA Y EL SOCIO. Comunidad o “masa de gestión económica”, adquisición por el socio de la propiedad de la vivienda. Aplicación a otros supuestos teóricos ya planteados. Fases o momentos principales que pueden distinguirse en el desarrollo de esta relación. _ 467

INTRODUCCIÓN.	467
----------------------	------------

I. DUALIDAD: PERSONA JURÍDICA COOPERATIVA Y COMUNIDAD DE LOS SOCIOS SOBRE LO APORTADO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VIVIENDAS, LA LLAMADA “MASA DE GESTIÓN ECONÓMICA”. _ 469

1. Introducción.	469
2. Argumentos y Desarrollo de la hipótesis.	479
2.1. Relación entre la Cooperativa y la comunidad.	480
2.2. Cooperativa.	488
2.3. Comunidad.	489
2.3.1.Regulación aplicable: normas cooperativas. y supletoriamente la regulación civil de la comunidad.	497
2.3.2. Funciones de la comunidad.	500
2.3.3. Defensa de los intereses de la comunidad.	501
2.3.4. Duración.	502
2.3.5. Sujetos.	504
2.3.6. Objeto.	504
2.3.7. Cuotas de la comunidad: cuantía, alteraciones, gastos y transmisión.	508
I. Cuantía de las cuotas	508
II. Alteraciones de la cosa común	508
III. Participación en los gastos y beneficios de la comunidad.	510
IV. Transmisión y renuncia a la cuota.	514
2.3.8. Administración de la comunidad.	523
2.3.9. Constitución y extinción de la comunidad.	525
2.3.10. División de la comunidad. División de la comunidad y extinción de la Cooperativa. Distinción entre el acuerdo de división de la comunidad y la reserva o concreción de la cuota.	535
I. División de la comunidad y extinción de la Cooperativa	535
II. División de la comunidad: efectos. sujetos. forma.	537
III. Distinción entre el acuerdo de división de la comunidad y la formación de lotes.	541
2.3.11. Titularidad de la masa de gestión económica. El retorno cooperativo.	545
2.3.12. Adquisición de la propiedad de las viviendas por los socios.	551
2.3.13. Responsabilidad frente a terceros.	556
2.3.14. Acreedores del socio y acreedores sociales.	558
3. Conclusiones.	568
4. Aplicación de la hipótesis a otros supuestos: Cooperativa que construye y Cooperativa que gestiona.	571
5. Estudio de hipótesis parecidas o con notas similares en otros países.	575
5.1. Italia	575
5.1.1. Doctrina.	576
5.1.2. Normativa.	578
5.2. Francia.	583

II. FASES DE LA VIDA COOPERATIVA: aspirante, socio, individualización, adjudicación y adquisición de la propiedad de la vivienda. Referencia al derecho italiano, y posibilidad de distinguirlas en nuestro Derecho. Relación del socio con la Cooperativa en cada una de ellas, derechos y obligaciones de ambos. _ 602

1. Introducción. Sujetos afectados.	602
-------------------------------------	-----

2. Fase previa. Aspirante a socio o socio expectante.	618
3. Socio.	629
5. Reserva o individualización de la vivienda.	638
4. Adjudicación de la vivienda al socio; adjudicatario.	644
6. Adquisición de la propiedad: propietario.	659
III. Conclusiones.	659

CAPÍTULO V. RELACIONES JURÍDICAS DE LA COOPERATIVA Y LOS SOCIOS CON TERCEROS. **663**

Introducción. **663**

I. Relación jurídica de la Cooperativa con el constructor y los arquitectos. **664**

- 1. Constructor. 664
- 2. Arquitectos y técnicos. 669

II. Otros terceros: entidades financieras, propietario del solar... **671**

III. Gestión interna. Relaciones jurídicas derivadas de la gestión externa. **672**

- 1. Gestión interna: Órganos cooperativos y otros sujetos encargados de la gestión. 673
 - 1.1. Evolución histórica. 674
 - 1.1.1. Ley de Cooperativas de 1931 y Reglamento de desarrollo. 675
 - 1.1.2. Ley de Cooperativas de 1942 y Reglamentos de desarrollo. 677
 - 1.1.3. Ley General de cooperativas de 1974 y Reglamento de desarrollo de 1978. 679
 - 1.1.4. Ley General de Cooperativas de 1987. 684
 - 1.2. Regulación actual: Ley de Cooperativas de 1999. 685
 - 1.2.1. Promotores. 687
 - 1.2.2. Liquidadores 693
 - 1.2.3. Órganos de la cooperativa y otros sujetos que intervienen en la gestión. 695
 - Asamblea general 695
 - Consejo rector. 699
 - Presidente y Vicepresidente 707
 - Director 709
- 2. Gestión externa: Actividades de representación, gestión y organización realizadas por terceros ajenos a la Cooperativa, en particular empresas gestoras. Relación jurídica entre la Cooperativa y la empresa gestora. 713
 - 2.1. Regulación cooperativa actual: LC; RD 2028/1995 para VPO. Interpretación de sus normas y aplicación de las mismas a las Cooperativas en general. 714
 - 2.1.1. Ley de Cooperativas. 715
 - 2.1.2. RD 2028/1995 de 22 de diciembre. 726
 - 2.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo: promotor inmobiliario. 733
 - 2.3. Remisión a otros contratos y contrato de gestión. 749
 - 2.3.1. Mandato. 754
 - 2.3.2. Mediación. 757
 - 2.3.3. Arrendamiento de servicios. 758
 - 2.3.4. Contrato de gestión. 759
 - 2.4. Posibilidad de considerar la gestión de cooperativas como un tipo de promoción inmobiliaria, en general o en algún caso. 761
 - 2.4.1. La promoción inmobiliaria en Francia. 761
 - 2.4.2. Remisión al Proyecto de Ley de ordenación de la edificación. 775

IV. Conclusiones. **779**

**CAPÍTULO I. LA COOPERATIVA COMO PERSONA JURÍDICA EN
NUESTRO ORDENAMIENTO. Sociedad o asociación: Realidad actual y
evolución histórica de la visión del legislador y la doctrina.**

INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo procederemos de forma sistemática a situar a las Cooperativas como personas jurídicas. Nos referimos a las Cooperativas en general, sin hacer mención expresa todavía a ninguna clase de éstas. Las Cooperativas son personas jurídico privadas, que asocian a sujetos con intereses o necesidades socioeconómicas comunes para el logro de los mismos. La razón de este estudio previo es investigar ante que tipo de persona jurídica nos encontramos, y cual es su régimen jurídico, aunque hay que avanzar que gozan de regulación especial. Pese a que algunos autores manifiesten que el régimen jurídico de las instituciones viene dado por las normas que la regulan y no por el concepto de éstas¹, lo que nos llevaría, aunque ésta no es la intención del autor, a admitir “a priori” la autonomía e independencia del Derecho Cooperativo, consideramos que aquél se determina según los caracteres y elementos esenciales de cada supuesto y, en consecuencia, si éstos son específicos y distintos acabaría admitiéndose la independencia de la figura y su necesaria regulación específica. En la actualidad, tanto el legislador como gran parte de la doctrina que estudia la materia cooperativa parecen conformes con denominar y considerar sociedades a las Cooperativas, aplicándose a éstas normas que formalmente las equiparan a las

¹ SÁNCHEZ CALERO: “Los conceptos de sociedad y empresa en la Ley de cooperativas” en Libro homenaje a R. M. Roca Sastre, vol. III. 1976. Colegio Notarial, pág. 494.

sociedades mercantiles. Nosotros no admitimos que deba interpretarse literalmente el término “sociedad”, que olvida muchos aspectos de las Cooperativas, y se centra sólo en cuestiones formales y estructurales, importantes pero no únicas. Por ello, estimamos necesaria la búsqueda del verdadero sustrato de las Cooperativas. Por supuesto, partimos de los tres puntos esenciales en cualquier investigación jurídica: legislativo, jurisprudencial y doctrinal. El tratamiento jurisprudencial del tema no es especialmente relevante puesto que esta cuestión, general y excesivamente teórica, rara vez ha sido objeto de recurso ante los Tribunales. Las sentencias relativas a Cooperativas en general han sido escasas en número², y no se ocupan en exceso del concepto de Cooperativa, muy teórico, exceptuando las más antiguas –cada una de ellas aplica la norma vigente en ese momento, generalmente la de Cooperativas de 1974 y la derogada LGC de 1987; en ningún caso, por razones obvias, la actual LC de 1999-. El Tribunal Supremo tiende a no considerar mercantiles a las cooperativas, aunque en ocasiones parezca lo contrario³. Posteriormente manifiesta, respecto a las Cooperativas, su naturaleza especial, sin lucro, ya que se constituyen para el logro del fin común de los socios⁴. También en ocasiones las denomina asociaciones de interés privado⁵. Por

² Dentro de la relación de STS analizadas sobre Cooperativas, desde 1979 hasta la actualidad, no hay ninguna en que se plantee de forma expresa la calificación civil o mercantil de la Cooperativa.

³ STS 22-1-1904 (JC 28/1904), considerando segundo: “La Ley de 19-10-1869, bajo cuyo amparo se fundó la sociedad, no se opone, en su art. 2 (“las sociedades no mercantiles y las cooperativas en las que ni el capital ni el número de socios es determinado y constante, podrán adoptar la forma que los asociados tuvieren por conveniente establecer en la escritura fundamental”), que se invoca en el recurso, ni en ningún otro, a que puedan ser mercantiles las sociedades cooperativas y, por tanto, ha podido la Sala sentenciadora estimular que dicha sociedad tiene ese carácter... ha debido hacer aplicación de los preceptos del C de c... sentencia recurrida no infringe la ley del contrato, porque las deficiencias que en sus cláusulas pudieran existir han de ser suplidas por los preceptos de dicho cuerpo legal aplicables según la naturaleza de la sociedad constituida.”. Mi opinión respecto a dicha sentencia es que no es cierto que el TS diga que las cooperativas son mercantiles, simplemente acude a una Ley que establece, en determinados casos, la libertad de forma según decidan los asociados. Ello no implica que sean mercantiles, sino que en la época en que dicha Ley se dictó, por ausencia de una regulación cooperativa específica, se admitía que adoptaran formas diversas, entre ellas la de alguna sociedad mercantil.

⁴ STS 8-6-1926 (Juris.Civ. 64), considerando primero: “Considerando que las Sociedades cooperativas, como de personal y capital variable, y cuyas acciones son inaccesibles a terceros, tienen una naturaleza tan especial, sobre todo si las Cooperativas son de crédito que hay que interpretar los artículos de su contestación en

último, en nuestros días, se resalta, en ocasiones, la naturaleza personal de las mismas en relación con la admisión de socios⁶, partiendo de su consideración societaria. También el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la naturaleza de las Cooperativas, de las que afirma su carácter no mercantil, como asunto esencial en la sentencia 72/83 de 29-7-1983⁷, relativa a un recurso de inconstitucionalidad de la Ley de Cooperativas del País Vasco, o como base de los fundamentos que resuelven la cuestión principal en otras⁸, y también sobre su

forma muy restringida si se trata de perjudicarlos o de no darlos todas las garantías necesarias para continuar en la Sociedad, porque precisamente las citadas asociaciones han de fundarse en la voluntad de todos para constituir el fondo común."

⁵ Con relación a las normas aplicables según su naturaleza, puede citarse la STS 1-5-1945 (Juris. Civ. 74), que en su considerando primero mantiene, con relación a las Cooperativas, que *"la constitución o existencia de las Asociaciones de interés privado y la capacidad de obrar de las mismas se rigen, según los arts. 37 y 38 del Código Civil, por sus respectivos Estatutos, y las disposiciones del Poder público que regulan la creación y funcionamiento de las entidades de tipo cooperativo no contradicen ni modifican lo dispuesto en los citados preceptos del Código civil, sino que en lo relativo a la capacidad de obrar adaptan las normas estatutarias de esta clase de entidades a los principios que inspiran la acción cooperativa del nuevo Estado."*

⁶ En la STS 28-4-1980 (Juris. Civ. 163), ante la negativa de una Cooperativa a reconocer la cualidad de socios a los herederos de un socio, el Alto Tribunal, en su considerando segundo, mantiene que *"es una facultad o potestad discrecional de la Cooperativa, de carácter excepcional, y está en consonancia con la naturaleza de estas entidades que, por ser verdaderas sociedades de tipo personal, llevan consigo la exigencia del "intuitu personae".*

⁷ (BOJC 1983, pág. 419-436), y Ar. 72: Se plantea el recurso de inconstitucionalidad de la Ley del País Vasco, por ser una cuestión mercantil regulada por la CCAA, al estimar el Abogado del Estado que el derecho cooperativo no es distinto del mercantil, aunque el Estatuto Vasco haya asumido la competencia. El TC, en el fundamento jurídico tercero mantiene que *"La competencia exclusiva de la Comunidad en materia de cooperativas, se encuentra establecida en el art. 10 del Estatuto... si la regulación de las cooperativas hubiera de calificarse de mercantil y si por ello hubiera de sostenerse la conclusión de que la Comunidad no tiene competencia legislativa en la materia, habría de afirmarse simultáneamente que la inclusión de la competencia en el art. 10 del Estatuto no era correcta... la interpretación sistemática de los preceptos de la Constitución y del Estatuto, situado en el marco constitucional y que prescinde de cualquier posición doctrinal acerca de si las cooperativas han de calificarse o no como sociedades mercantiles, ya que la interpretación ha de situarse en el contexto del ordenamiento vigente. Por otra parte, la competencia legislativa de la Comunidad en materia de cooperativas ha de ejercerse, de acuerdo con el art. 10.23 del Estatuto "conforme a la legislación general de carácter mercantil", expresión que ha de interpretarse en el sentido de que habrá de respetar tal legislación en cuanto sea aplicable a las cooperativas, como sucede en aquellos aspectos en que la legislación general de cooperativas remite a la legislación mercantil o también cuando contiene preceptos mercantiles, como acontece en algún caso, según veremos más adelante."* A continuación, en el fundamento jurídico cuarto, se determina el ámbito territorial de dicha competencia, que afecta a las relaciones cooperativas internas, típicas, con los socios, que se produzcan en el ámbito de dicha comunidad, distintas de las instrumentales, que pueden producirse en otras CCAA. En el fundamento jurídico octavo se presentan los preceptos impugnados, que no se consideran inconstitucionales por no impedir la aplicación de normas mercantiles estatales sobre el Registro mercantil y la escritura de constitución. Ver sentencias sucesivas en idéntico sentido en nota a pie 69, en el apartado relativo a las normas autonómicas.

⁸ STC 5-12-1985 (Ar. 165), 27-3-1984 (Ar. 44).

naturaleza asociativa con regulación especial⁹; pronunciándose además respecto a las competencias cooperativas autonómicas y estatales, a las que nos referiremos más adelante.

El tratamiento de las normas sobre la materia, y la evolución y elaboración de las mismas es interesante, al menos, para observar el difícil encuadre de la figura cooperativa, y la diversidad de tratamiento que ha recibido, y es útil para interpretar la regulación actual de la misma. La doctrina apenas se ha ocupado de forma específica de esta cuestión, y los autores que lo han hecho, o bien aluden a ella al igual que a otras categorías de persona jurídica en el estudio general de éstas, o se han centrado en algún aspecto muy específico de Cooperativas determinadas, por lo cual el análisis que ofrecen no puede ser útil a efectos generales y menos con relación a las Cooperativas de viviendas. Pese a que, legislativamente hablando, en nuestro Derecho, la materia cooperativa es independiente y autónoma, su relación con otras figuras sigue sin resolverse. Para intentar dar respuesta a lo anterior analizaremos la realidad concreta teniendo en cuenta, desde el punto de vista doctrinal, las diferentes posibilidades a las que pueden responder las Cooperativas, sociedades mercantiles, civiles o independientes, asociaciones u otro tipo de figura distinta de las anteriores, junto con el planteamiento de las normas que las regulan.

⁹ En otra STC de 21-3-1994 (Ar. 96), que concierne a una Cooperativa de viviendas, en relación con la expulsión de uno de sus socios, el Tribunal, en el fundamento jurídico tercero, no entra en la naturaleza jurídica de la Cooperativa de viviendas, aunque sí se refiere a sus especialidades, y su norma específica, que determinan tanto la aplicación de las normas cooperativas y no las de asociaciones en general, como la resolución del asunto en el sentido correspondiente (el Tribunal entra a analizar la calificación de falta grave por insultos manifestados por el socio, que determinaron su expulsión, en razón del perjuicio económico significativo que supone, para el socio, la expulsión de una Cooperativa de viviendas). Comenta esta Sentencia MARÍN LÓPEZ, J.J. “*Comentario a la STC de 21-3-1994*”, en C.C.J.C núm. 35, pág. 785 y ss, y admite la idea del perjuicio significativo, por el coste económico y la especialidad de la adhesión cooperativa, sustituyéndose razonadamente el criterio de la Cooperativa por el del órgano judicial. En otros casos, que no afectan a Cooperativas, como el de la STC 22-11-1998 (Ar. 218), fundamento jurídico tercero, estima que el hecho de que el TS entrara en la valoración de los motivos y del acuerdo de expulsión vulnera el derecho de asociación.

En primer lugar se examina la normativa vigente, la Constitución de 1978 y la reciente Ley de Cooperativas de 1999, y su tramitación correspondiente. La regulación actual, al igual que la anterior LGC de 1987, tiene su base en la Constitución de 1978, en concreto en su artículo 129¹⁰, respecto del cual estudiaremos exhaustivamente la evolución de su redacción literal durante la tramitación parlamentaria de 1977 y 1978. Como desarrollo del artículo 129 se dictó la Ley de Cooperativas estatal de 1987, modificada en 1999 para su adaptación al Derecho Comunitario. La norma actual, Ley 27/1999 de 16 de julio¹¹, es fruto del Proyecto de Ley presentado por el gobierno, iniciado en julio de 1998, cuya tramitación en Cortes ha concluido en fechas recientes, el 17 de junio de 1999. De forma breve nos referiremos también a las normas autonómicas y al Derecho Comunitario sobre la materia. Junto al estudio de la realidad normativa española, estatal y autonómica, consideramos necesario plantear las soluciones adoptadas en otros países, especialmente algunos comunitarios. Como creador del núcleo básico de principios y orientaciones para las Cooperativas, no puede olvidarse a la Alianza Cooperativa Internacional y a la Organización Internacional del Trabajo; esta última ha dedicado algunas de sus recomendaciones a la materia cooperativa.

A continuación, centrándonos en el estudio de los antecedentes legislativos, investigaremos la evolución de las normas de derecho cooperativo, y de derecho común civil y mercantil de los siglos XIX y XX relacionadas con el campo cooperativo; entre otros los actuales Código Civil y de Comercio, en los que la referencia a la materia cooperativa es escasa. Desde 1931 el legislador ha resuelto en parte el problema, al

¹⁰ "Art. 129.2. Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas."

¹¹ BOE 17-7-1999, pág. 27027 y ss.

regular de forma independiente y autónoma las Cooperativas. Aunque antes de esta fecha se promulgaron algunas Leyes y Decretos relativos a aspectos cooperativos concretos, especialmente en materia agraria, que no son objeto de nuestro estudio, o de viviendas, el paso esencial lo constituye la primera Ley de Cooperativas. Por ello estudiaremos las diferentes Leyes y Reglamentos sobre Cooperativas desde 1931, primera Ley cooperativa independiente de nuestro ordenamiento -derecho estatal-, hasta la actualidad; y así, sucesivamente, las de 1931, 1938, 1942 y 1974, y los Reglamentos de desarrollo de las mismas, de 1931, 1943, 1971 y 1978. A dichas normas se añade, necesariamente, la derogada Ley General de Cooperativas de 1987, promulgada tras sucesivos Proyectos de Ley de 1980, 1985 y 1986.

Como vemos, la situación de las Cooperativas en el mundo jurídico, teóricamente compleja e indefinida, ha sido resuelta por el legislador al dictar normas específicas que la regulan y admitir su personalidad jurídica. Sin embargo, puede plantearse algún problema en orden al tipo de persona jurídica a que corresponde y la determinación del derecho supletorio o de interpretación de la legislación cooperativa. Es preciso averiguar si puede ofrecerse una solución teórica única y con efectos prácticos para las Cooperativas en general, o debe optarse por diferenciar a las cooperativas de primero y las de segundo grado, o si cada clase de cooperativa conlleva un tratamiento diferente¹². Con relación a este tema, las clases de Cooperativas, el legislador ha tenido en cuenta sus diferencias en las sucesivas Leyes y Reglamentos sobre la materia promulgados desde 1931. Ello permite, como veremos en otros capítulos, que el estudio de la persona jurídica cooperativa deba plantearse en general, pero su solución

¹²- Así lo manifiestan algunos autores como VICENT GUILLÀ: "Análisis crítico del nuevo Reglamento de cooperación. Decreto 2396 1971 de 13 de agosto, BOE de 9 de octubre" en Rev. De Derecho Mercantil 1972, núm. 125-126, pág. 537.

sea parcial y específica en cada tipo de Cooperativas como ocurre con las de viviendas, aunque esto se tratará más adelante, ya que las Cooperativas de viviendas son el objeto nuclear de la presente tesis.

I. PLANTEAMIENTO DEL OBJETO DE ESTUDIO, la Cooperativa como persona jurídica: sociedad o asociación.

No podemos analizar la legislación y doctrina en materia cooperativa sin antes plantear, de forma escueta, el problema doctrinal que es principal en este capítulo primero. No es lógico estudiar las diversas posibilidades y su evolución legislativa, sin antes presentar las opciones y posibles criterios adoptados acerca del carácter de las Cooperativas con relación a la interpretación de los artículos 35 y 36 del CC. En la relación entre la Cooperativa y el socio, la primera es esencial y en ella nos centramos, para determinar que tipo de persona jurídica es.

Al margen de que consideremos o no al derecho cooperativo como autónomo, o simplemente como el fruto de una Ley especial, es importante determinar la clase de persona jurídica que es la Cooperativa dentro de la clasificación de aquéllas, y la distinción entre sociedades, civiles o mercantiles, asociaciones... Ante nosotros se presenta la difícil tarea de matizar que se entiende por Cooperativa, teniendo en cuenta sus singulares características y, además, respetando siempre las notas específicas y circunstancias del resto de personas jurídicas. Las cuestiones claves sobre las que se centra la discusión son las siguientes. En primer lugar, la inserción de la Cooperativa dentro de la clasificación de las personas jurídicas, en la cual existen a su vez distintos criterios, tradicional, basado en el fin, y moderno, en función de la estructura. La segunda cuestión, influyendo esencialmente en la clasificación, es la que afecta al concepto de sociedad que se admite, pudiendo éste ser tradicional o estricto, o

moderno y amplio. Íntimamente relacionado con lo anterior debe tratarse el concepto de lucro, que puede ser entendido también en sentido estricto o amplio. Estos temas, que serán tratados más adelante, son los que plantea y resuelve la doctrina para determinar la inclusión de las Cooperativas dentro de una u otra categoría jurídica. Sin embargo, puesto que el criterio más antiguo y admitido por el Código Civil es el tradicional, vamos a esbozar algunos puntos del mismo con relación a las Cooperativas. El criterio más moderno, basado en la estructura de las personas jurídicas, y en un concepto amplio de la sociedad en general... nos lleva a una reestructuración del concepto de sociedad y de lucro.

Las Cooperativas son personas jurídicas de derecho privado, no de derecho público, como las corporaciones¹³. Se manifiestan a favor de esta idea Albaladejo¹⁴ y Castán¹⁵. Las Cooperativas actúan fuera del ámbito del Derecho Público y dentro del Privado, puesto que nacen y se desenvuelven entre particulares. Las Cooperativas responden a un interés privado de sus socios, que en el caso de Cooperativas de viviendas es la construcción y adquisición de éstas en condiciones económicamente favorables. Por el contrario, el interés público es equiparable al interés general. Puede identificarse o no el interés privado con el fin de lucro (identificación que puede admitirse o no, y que en la actualidad no parece sostenible). La distinción entre interés privado y público tiene su raíz en el fin de la persona jurídica, para algunos en función de la existencia o no de fin de lucro, o en otros criterios como el dar respuesta (interés público), o no (interés

¹³ Reguladas por el Derecho Público, que ostentan competencias públicas en determinados sectores, materias o zonas geográficas, y se encuadran dentro de la organización estatal.

¹⁴ ALBALADEJO distingue las personas jurídicas privadas de las públicas, en función de que las personas jurídicas privadas *"no forman parte de la organización estatal"*, mientras que las públicas *"están encuadradas en la organización estatal, formando parte de la misma"* ALBALADEJO GARCÍA, M: "Derecho Civil I". Vol. I". Bosch, Barcelona 1996, pág. 381 y ss.

¹⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J: "Derecho Civil Español, común y foral", revisado y puesto al día por DE LOS MOZOS, JL. Tomo I, vol. 2º. Reus, Madrid 1987, pág. 441.

privado) al interés general, utilidad general o bien común. Además de lo ya dicho, hay que añadir que, en ocasiones, en las Cooperativas el interés privado se ve afectado o teñido por el interés público de la actividad concreta¹⁶ a la que se dedique dicha sociedad. Como veremos en el desarrollo de esta cuestión en el apartado tercero, la doctrina ha planteado la dificultad que ofrece la distinción en función del interés, en la práctica, por la indeterminación de los límites existentes entre el interés público y el interés privado. En el tema al que nos referimos, la vivienda, la actuación de las Cooperativas puede satisfacer parcialmente dicho interés público.

Dentro de la clasificación tradicional, y fijada ya su pertenencia al Derecho Privado, las Cooperativas, cuyo interés es privado, deben diferenciarse de otras personas jurídicas con interés público. Ya hemos visto, que el interés es público cuando responde a un fin de la Administración reconocido y ejercitado por ésta. El interés es privado cuando el fin y la actividad responden a necesidades de los particulares y no de la Administración. En la distinción entre personas jurídicas de Derecho privado e interés público y personas jurídicas de Derecho privado e interés privado, se emplea generalmente como criterio de distinción el ánimo de lucro que preside las segundas, interpretando los artículos 35 a 39 del CC, y ello aunque puede no considerarse éste como elemento esencial. En función de lo que entendamos como lucro, la inclusión de la Cooperativas en las asociaciones o las sociedades variará, lucro en sentido estricto como obtención y reparto de ganancias en cuyo caso las Cooperativas serían asociaciones de interés privado distintas de las sociedades, o lucro en sentido amplio como obtención de algún

¹⁶ No debemos olvidar respecto a la vivienda, que la CE recoge en su artículo 47 el derecho a la vivienda y el deber de los poderes públicos de promover las condiciones y establecer las normas precisas para hacer efectivo dicho derecho. El derecho a la vivienda pertenece a la esfera jurídico-privada de los particulares, pero su protección obligatoria para los poderes públicos, introduce en tal derecho el interés público.

beneficio de forma activa o pasiva, según el cual podrían considerarse sociedades, junto a las civiles o mercantiles.

El primero de los criterios, llamado *tradicional*, parte de la clasificación de las personas jurídicas según el fin, y del concepto de sociedad y lucro, esencial en ella, en sentido estricto, este último como obtención de ganancias y reparto entre los socios. Por ello, según tal criterio, aunque las Cooperativas sean llamadas sociedades, no son tales, distinguiéndose de éstas en la inexistencia de ánimo de lucro o ganancia, entendida en sentido estricto como obtención de beneficios económicos. Se manifiesta a favor de esta opción, CAPILLA¹⁷.

Sin embargo, parece difícil excluir en las Cooperativas el ánimo de lucro, puesto que podría plantearse si no es ánimo de lucro la pretensión de condiciones más favorables, principalmente económicas para los socios, dentro de la actividad que la Cooperativa desarrolla. La respuesta a esta pregunta no está clara. Inicialmente se conceptuaba el lucro en un sentido estricto, referido a la obtención y reparto de ganancias o beneficios económicos. En la actualidad existen algunas opiniones¹⁸ a favor de considerar incluidos dentro del lucro otros fines o ventajas que logren una mejora de los socios mediante otros medios, como la disminución de gastos. Esta amplitud en la noción de lucro –que abandona esta denominación optando por la rentabilidad o beneficio

¹⁷ “*Organizaciones que persiguen fines económicos no coincidentes con el fin de lucro o ganancia individual de los socios, y cuyo encuadramiento en las categorías consideradas por el artículo 35 resulta complicado... ha ocurrido ello con las cooperativas*”. CAPILLA RONCERO, F en: “Derecho Civil. Parte general”, redactado por CAPILLA, F; LÓPEZ, A; MONTÉS, VL; ROCA, E; VALPUESTA, MR. Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pág. 648. También CAPILLA RONCERO, F en CAPILLA RONCERO, F; LÓPEZ Y LÓPEZ, AM; REVUELTA GARCÍA, J; VALPUESTA FERNÁNDEZ, MR: “Introducción al Derecho Civil Patrimonial Privado”. Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pág. 111 y ss.

¹⁸ DIEZ PICAZO, L Y GULLÓN, A: “Instituciones de Derecho Civil”. Vol I/I. Tecnos, Madrid 1998, pág. 351 y ss. Se refieren a la asociación como la reunión de personas para alcanzar fines comunes, no lucrativos, frente a las sociedades con fin de lucro, civiles y mercantiles. En DIEZ PICAZO, L Y GULLÓN, A: “Sistema de Derecho Civil”. Tecnos, Madrid 1998, pág. 606 y ss distinguen las asociaciones, caracterizadas por su carácter abierto, regidas por normas estatutarias y con órganos de deliberación y ejecución, de las sociedades, entidades que nacen del contrato de sociedad, y son excluidas de la L.A de 1964. Citan el problema de las modernas

empresarial- permitiría incluir, sin llegar a reestructurar los conceptos, dentro de las personas jurídicas de interés privado a figuras con fines no estrictamente lucrativos como las Cooperativas, considerándolas incluso sociedades. También se puede optar por el concepto de interés privado, como propone ALBALADEJO¹⁹, al manifestar que existen muchos fines privados que no son necesariamente lucro. CAPILLA ha afirmado, en sus estudios sobre la persona jurídica, que junto con las sociedades civiles o mercantiles, las Cooperativas se rigen por su propia regulación; y contempla una noción de lucro estricto, lo que le lleva a considerar a las Cooperativas como asociación de derecho privado e interés particular, sin fin de lucro, y no como sociedad, ampliando el concepto de interés particular del artículo 35.2 del Código Civil²⁰. Hay que destacar que dentro de esta visión, el problema del lucro es esencial para la clasificación de las Cooperativas, en función de su consideración o no como elemento esencial del concepto de sociedad.

Desde el moderno punto de vista estructural de clasificación de las personas jurídicas, las Cooperativas responden a una estructura colectiva formada por una pluralidad de personas (como las corporaciones, asociaciones y sociedades), a diferencia de las fundaciones.

Respecto a la segunda posibilidad esbozada, la clasificación de las personas jurídicas según el criterio estructural de configuración del Derecho de sociedades, se admite un concepto amplio de sociedad y de lucro. Como veremos más detenidamente, en este

direcciones sobre actividades en que el lucro no es esencial, y que orientan hacia no hacer del lucro la esencia de las sociedades, sino de un tipo de ellas.

¹⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M: "Derecho Civil I". Vol. Iº... *cit*, pág. 389 y ss. También plantea esta opción, aunque no la admite como la mejor, CAPILLA RONCERO, F en: "Derecho Civil. Parte general"... *cit*, pág. 648.

²⁰ CAPILLA RONCERO, F: "Comentarios al Código Civil y compilaciones forales", dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, art. 35 y ss., tomo I, vol. 3º, Edersa, Madrid 1993, pág. 851.

caso la Cooperativa será considerada sociedad, entendida en sentido general como estructuralmente asociativa. Todas estas posibilidades, al igual que el estudio de los caracteres societarios civiles, mercantiles o independientes de las Cooperativas, se analizarán más adelante, en el tercer apartado de este capítulo I. En principio, hemos resumido las distintas opciones que existen, sobre las cuales la normativa actual y pasada es confusa, en orden a ofrecer la solución mejor entre las posibles, por supuesto siempre según nuestro leal saber y entender.

II. LA COOPERATIVA: situación actual y evolución legislativa.

Además de las opiniones doctrinales expresadas al respecto, debemos analizar cual es la solución aportada por el legislador actual, y si puede deducirse de ella que nos encontremos ante una sociedad o ante una asociación, y en el primer caso que tipo de sociedad sería. Esta cuestión es fundamental para justificar nuestra investigación puesto que, hasta ahora, la difícil ubicación de las Cooperativas ha propiciado la escasez de estudios sobre las mismas, especialmente entre los civilistas. Es complicado resolver, de forma absoluta, la inclusión o no de las Cooperativas dentro de una u otra categoría, con las consiguientes consecuencias respecto del régimen jurídico aplicable. Esta tarea precisa el estudio e interpretación de la evolución de la legislación en general, civil, mercantil y cooperativa en la que se hace referencia a esta figura, objeto de este apartado, y el concepto de Cooperativa que estas normas ofrecen. Además de la normativa actual, el estudio de su formación y de los antecedentes históricos puede ser útil para averiguar el sentido actual de las Cooperativas. Algunos autores advierten que la elaboración de un concepto de cooperativa y su inclusión dentro de las personas jurídicas debe realizarse huyendo de la excesiva amplitud, *“porque se permite a grandes grupos de vocación capitalista (es decir no cooperativista) utilizar a su*

*antojo la fórmula cooperativa*²¹, o restricción, porque una clasificación cerrada de las cooperativas impide su evolución, o, por último, de un concepto que permita a otras figuras introducirse en el mundo cooperativo, descooperativizándolo. Otros advierten que el núcleo real y principal del problema es “*atar las Cooperativas a la cooperación*”²², lo que significa que el legislador y la doctrina deben optar entre una regulación cooperativa válida para la cooperación y otras actividades, o una regulación que sirva exclusivamente a la cooperación. Esta opción es fundamental. Preferiblemente, estimo oportuna la segunda, la regulación exclusivamente cooperativa, puesto que la esencia de las figuras jurídicas radica en su utilidad respecto del fin para el que fueron creadas.

Vamos a analizar la visión del legislador y la evolución de ésta acerca del tipo de persona jurídica que es la Cooperativa, tanto en la actualidad como en el siglo pasado, en las sucesivas normas generales, civiles, y mercantiles, y específicas de cooperativas que se suceden, paralelamente a la evolución del derecho de asociación en general.

1. SITUACIÓN ACTUAL: CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA; LEY DE COOPERATIVAS DE 1999; NORMAS COMUNITARIAS Y AUTONÓMICAS.

El estudio de nuestro ordenamiento jurídico debe quedar referido a la Constitución de 1978 y a la Ley de Cooperativas estatal 27/1999, a las autonómicas, así como las normas de Derecho Comunitario que son aplicables desde nuestra incorporación a la Comunidad Europea. Vamos a exponer la situación actual de las Cooperativas en orden a la consideración de las cuestiones planteadas. Aunque los antecedentes históricos

²¹ PAZ CANALEJO, N: “*La Constitución y las cooperativas*” en Rev. Documentación Administrativa núm. 186, Presidencia del gobierno, Madrid 1980. Pág. 103.

serán objeto de otro apartado, en éste también nos referiremos a la evolución, formación y tramitación de la Constitución y la Ley de Cooperativas de 1999. La pretensión de dicho estudio es lograr una visión lo más acorde posible con la realidad actual respecto a la consideración de las Cooperativas como personas jurídicas.

1.1. La Constitución española de 1978.

El término “cooperar” es utilizado en diversos artículos de la Constitución Española en una acepción vulgar de colaboración, ayuda. Además, la Constitución dedica un artículo concreto a la cooperación en sentido técnico, el artículo 129.2²³, en que se establece la obligación de los poderes públicos de fomentar las “*sociedades cooperativas*”, así denominadas, “*mediante una legislación adecuada*”, artículo que se incluye en el título VII, relativo a Economía y Hacienda. La inserción de las Cooperativas en este título no es fácil de entender, puesto que el derecho de asociación, en general, se contempla en el artículo 22, y los principios rectores de la política social y económica se incluyen en el título I “de los derechos y deberes fundamentales” a los que quizá debería haberse incorporado el fomento de las Cooperativas, por ser el lugar idóneo, independiente de otras cuestiones como es el caso de las fundaciones, o como párrafo añadido al artículo 38, referido a la libertad de empresa y economía de mercado (aunque, sí se admite que la Cooperativa es una empresa, se entendería afectada por el contenido del art. 38).

Con relación a esta norma, PAZ CANALEJO afirma que “*formulado el precepto de una forma sumamente escueta, obliga a una delicada tarea interpretativa, toda vez*

²² GIRÓN TENA, J: “*Derecho de sociedades*” tomo I. Madrid 1976, pág. 101.

²³ Incorporado en su contenido al art. 108 LC, de fomento del cooperativismo, sin la referencia expresa a la CE, que la LGC contemplaba en el art. 150.

que hasta parece dar por supuesto el propio concepto de lo que sean las cooperativas”²⁴. Por ello, es preciso orientar al intérprete del derecho acerca del sentido que el legislador quiso dar al art. 129.2º en general, y a cada uno de sus términos, en particular. Literalmente, la Constitución prevé que los poderes públicos, entre los que se incluyen los estatales y los autonómicos, fomenten las Cooperativas mediante la vía de legislar adecuadamente sobre la materia. El medio que debe utilizarse para fomentar no deja lugar a dudas, puesto que se exige que se realice a través de la legislación. Sin embargo, la dicción del artículo no es, ni mucho menos, imperativa, y se contempla como algo futuro, “*fomentarán*”.

Creemos que es preciso investigar la evolución de los preceptos constitucionales que afectan a la materia cooperativa, entre otros el 129 y el 22, para encontrar la razón y circunstancias de su regulación en la misma, e iluminar la confusión existente respecto al tipo de persona jurídica cooperativa. En la elaboración de la Constitución, el artículo 22, esencia y fundamento de la libertad en la creación y funcionamiento de las personas jurídicas de estructura asociativa, no fue objeto de ninguna enmienda ni modificación, por lo que no haremos mención a él.

La materia cooperativa fue recogida específicamente en la Constitución desde el principio, tanto en la redacción inicial del borrador, como en el anteproyecto y proyecto, aunque de forma distinta al actual artículo 129.2.

Vamos a resumir y ofrecer someramente un análisis pormenorizado de la elaboración de la Constitución, y las principales modificaciones que se produjeron en la cuestión que a nosotros nos interesa, como complemento a la interpretación del propio artículo 129. La primera y más importante tuvo lugar en la elaboración del anteproyecto, en que la

²⁴ PAZ, CANALEJO. N: “*La Constitución y las cooperativas*”... cit, pág. 78.

materia cooperativa pasa del título II –en el artículo relativo a la libertad de empresa, en la 2ª lectura del borrador publicada en prensa- al título VII, en la 3ª y definitiva lectura del borrador, por razón de la materia. No hemos podido averiguar si la razón fue sólo ésta o existió alguna otra, porque la materia es el único argumento que consta en los resúmenes manuscritos de las reuniones celebradas al efecto. A nadie se le escapa la especial protección e importancia de que gozarían actualmente las Cooperativas si hubieran permanecido en el artículo relativo a la libertad de empresa (sección segunda del actual capítulo II). En las enmiendas presentadas en el Senado también se intenta la inclusión de las Cooperativas en el artículo relativo a las asociaciones, que de haber prosperado hubiera significado, además de su inclusión expresa en las mismas, la especial protección de que goza el título I, capítulo II, sección primera (esta división inicial del título I no existía en el anteproyecto), o en otro a continuación de éste, como ocurre con las fundaciones, reconocidas en el actual artículo 34 dentro de la sección segunda del capítulo II.

También es interesante reseñar, en esta primera etapa, la intención de algunos grupos parlamentarios de incluir expresamente la materia cooperativa dentro de las competencias de las CCAA. Dichas propuestas no fueron recogidas en ningún momento en los sucesivos borradores y anteproyectos del texto constitucional.

La última modificación que debe tenerse en cuenta se produjo en el debate en la comisión del Senado, sustituyéndose la denominación “empresas cooperativas” por “sociedades cooperativas”, sin que exista una razón explícita sobre dicho cambio.

En general, y a pesar del esfuerzo y estudio exhaustivo de la tramitación mediante el manejo de los documentos originales, no ha sido posible extraer conclusiones relevantes acerca del verdadero fundamento de los cambios. Las razones de esta imposibilidad no son otras que la falta de medios técnicos en la elaboración de la

Constitución, medios que en la actualidad están al alcance del legislador. Vamos a ofrecer, de forma resumida y ordenada, los momentos básicos de la evolución constitucional del actual artículo 129.

Elaboración del anteproyecto de Constitución. En la documentación presentada por los diversos grupos parlamentarios, éstos aportan sus opiniones acerca de la futura Constitución, para su estudio por la ponencia nombrada para elaborar el anteproyecto de Constitución. La alusión a las cooperativas se realiza con relación a dos temas distintos, de una parte, la cuestión de la competencia atribuible al Estado o a las CCAA²⁵; y de otra, como derecho protegible de los españoles²⁶.

Se inician los trabajos con las sesiones celebradas por la ponencia elegida en el seno de la Comisión Constitucional provisional creada por el Congreso para la elaboración del anteproyecto. Existen varias versiones o lecturas del mismo, y en ellas la materia cooperativa se ve sustancialmente afectada. Fruto de la 1ª y 2ª lectura²⁷ resulta el texto o borrador publicado en prensa, por filtraciones, el 25-11-1977. Este texto incluía a las cooperativas dentro del título II, lo que hubiese posibilitado que gozasen de una

²⁵ UCID afirma, dentro del Título de las autonomías, que las cooperativas son de exclusiva competencia de las regiones (art. 7.22º). Dicha competencia es legislativa y ejecutiva, aunque el Estado puede dictar leyes de bases para armonizar. El Grupo socialista, en el título III, estructura del Estado, establece en su artículo 8. 19º que es competencia de las nacionalidades o regiones la legislación exclusiva y la ejecución de las cooperativas no financieras. Afirmar expresamente que en las materias atribuidas a las CCAA se aplican subsidiariamente las normas del Estado. El Grupo comunista también dedica su título III a la organización del Estado. En él, el artículo 10.15º, nos muestra que la región autónoma puede recabar la facultad de legislar y de ejecutar lo legislado en materia de cooperativas.

²⁶ Minoría catalana recoge la referencia a las cooperativas dentro de los derechos fundamentales y las libertades públicas. El artículo 37.2º mantiene que: los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y facilitarán un marco legislativo adecuado para las empresas cooperativas y autogestionarias (texto definitivo del borrador y del anteproyecto, exceptuando el término autogestionarias. Fue ésta, la opción de Minoría Catalana, la elegida por la ponencia para la redacción del anteproyecto). El texto inicial de Minoría catalana se refería a la cooperación en la empresa en general, sin que sea posible saber el motivo de la modificación (los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación y cooperación en la empresa y facilitarán un marco legislativo adecuado para las empresas autogestionarias). Alianza Popular regula las cooperativas dentro del Título II, de los derechos y deberes de los españoles (considerando que son materia de Ley Orgánica), en el artículo 17; el Estado promoverá eficazmente las diversas formas de cooperación y autogestión (fórmula similar a la catalana, en la misma línea).

²⁷ Sesiones de 1 de agosto a 17 de noviembre y 30 de noviembre de 1977.

situación especial y preferente. En esta primera lectura, en el artículo relativo a la libertad de empresa, el 36 (actual artículo 38), se incluía un apartado 3º que textualmente decía: *“Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y facilitarán un marco legislativo adecuado para las empresas cooperativas y autogestionarias”*²⁸. Esta denominación “empresas cooperativas” se mantiene durante todo el trámite parlamentario hasta la comisión del Senado, que la sustituye por “sociedades cooperativas”. En las materias de competencia estatal o autonómica no existe ninguna referencia a las cooperativas. En la 3ª lectura²⁹, el artículo 36.3º es trasladado al 119.2º, dentro del capítulo de Economía y Hacienda. La razón de dicho traslado es que el tema, en opinión de los ponentes, es más propio del título VII. Si hubo o no otras razones para el traslado, no las conocemos, porque por supuesto no hay constancia de ellas en la documentación original. El resto del artículo 36 pasa al artículo 32.

El anteproyecto³⁰ traslada la referencia a las cooperativas al título VII, Economía y Hacienda, dentro del art. 119.2º. La dicción literal del artículo es la misma que la de la primera lectura: *“Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y facilitarán un marco legislativo adecuado para las empresas cooperativas”*, suprimiéndose el término “autogestionarias”.³¹ Se plantean

²⁸ Como ya hemos avanzado, el contenido de este artículo procede del texto aportado por Minoría catalana. También ocurre así con el tema autonómico, en el que no se alude a la materia cooperativa, puesto que Minoría catalana no lo hacía (a diferencia de UCID, socialistas y comunistas).

²⁹ Sesión de 13 de diciembre de 1977.

³⁰ de 24-12-1977, en BOCG publicado el 5-1-1978.

³¹ El Presidente de las Cortes, Fernando Álvarez de Miranda, hace algunas observaciones interesantes al anteproyecto en la materia cooperativa, sin manifestarse acerca de la consideración jurídica de estas entidades. Al art. 119 se refiere y propone:

“En el apartado 2 conviene referirse a los interesados en la participación en la empresa, porque se requiere una previa relación con ésta para participar... Mejor quizá entidades cooperativas que empresas cooperativas. La expresión marco legislativo es metafórica, sin duda con ella se trata de evitar la mención, tan frecuente, de la ley; pero puede buscarse otra fórmula que comprenda no sólo el facilitarán, sino también

algunas cuestiones sobre la inclusión del artículo y la competencia de las comunidades autónomas en la materia.

En el informe de la ponencia³² que estudia el anteproyecto y sus enmiendas se mantiene la redacción del art. 119.3º, no aceptándose ninguna de las enmiendas presentadas, sin que sepamos la razón. El artículo 119 pasa a ser el 121, manteniéndose el contenido del mismo.

En la Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas³³ el texto de la ponencia es aprobado por unanimidad. Nadie alude al tema de cooperativas, a diferencia de lo que ocurrirá en el Senado, como veremos. El dictamen de la Comisión³⁴, relativo al anteproyecto de Constitución, traslada el contenido del 119.3º al art. 123.2º. El debate en el Pleno del Congreso de los diputados³⁵ aprueba el texto.

el anterior promoverán. El texto podría ser: los poderes públicos adoptarán las medidas legislativas conducentes a promover de modo eficaz las diversas formas de participar los interesados en la empresa, y facilitarán asimismo el incremento de las entidades cooperativas."

Los votos particulares al anteproyecto, en general, no hacen referencia a las cooperativas, excepto el Grupo Socialista que propone: la modificación del art. 119. 3º relativo a las cooperativas, suprimiendo dicha mención; y la nueva redacción del 138.3º: *"Es competencia de los órganos de los territorios autónomos la legislación exclusiva y la ejecución de las siguientes materias: r) cooperativas no financieras. Es éste el único momento de la discusión parlamentaria en el que se plantea la atribución estatal o autonómica para legislar y reglamentar la materia cooperativa, aunque la idea de fondo no es recogida, ni va a volver a aparecer.*

Se presentan algunas enmiendas al artículo 119.2º. Éstas aluden a varios temas: - Sustitución de los poderes públicos por la Ley para el logro del marco adecuado para las empresas cooperativas, y concreción de las medidas para lograrlo. (AP). - Referencia especial a la ausencia de autorización en la constitución de las empresas cooperativas. (PSOE y Socialistas de Cataluña). - Inclusión de la materia cooperativa (no financieras) dentro de las competencias de las CCAA. - Supresión de la referencia a las cooperativas (Grupo mixto).

³²Informe de 12-4-1978. (BOCG 17-4-1978). Reuniones celebradas por la ponencia para el estudio del anteproyecto y de sus enmiendas (del 6 de marzo al 10 de abril de 1978), la de 16 de marzo es la relativa a Cooperativas.

³³ En la sesión celebrada el 9-6-1978 (diario de sesiones nº 85, sesión 18) se discute el artículo 121 del texto de la ponencia. No se admite ninguna enmienda ni voto particular al apartado 2º del 121.

³⁴ El 26-6-1978 (BOCG 1-7-1978).

³⁵ Sesión de 14-7-1978. (BOCG 24-7-1978). No existen enmiendas al artículo 123. En la votación, de 253 votos emitidos, 250 son a favor, 1 en contra y 2 abstenciones, lo que no se sabe si es debido al desconocimiento del tema cooperativo o a la ausencia de interés al respecto, o probablemente a razones políticas.

El Proyecto de Constitución, aprobado por el Pleno del Congreso³⁶, mantiene el artículo 123.2º sobre cooperativas sin cambios respecto al informe de la ponencia y al anteproyecto, añadiéndose una frase final. Este texto se remite a la Comisión de Constitución del Senado. Las enmiendas³⁷ planteadas en el Senado son de gran interés por su contenido, aunque no fueron admitidas por la Comisión. Se refieren a la ubicación de la materia en el título I y a su propia existencia, a la coordinación de las Cooperativas y a la importancia que la Ley tiene sobre las mismas. Se admite³⁸ únicamente la enmienda de Damas Rico con el texto propuesto: *“los poderes públicos... fomentarán, con un marco legislativo adecuado, las sociedades cooperativas”*. El Dictamen de la Comisión del Senado³⁹ traslada nuevamente el contenido del 123.2º al 128.2º, y modifica la redacción al hablar de *“sociedades*

³⁶ Pleno del Congreso de 21 de julio de 1978 (BOCG del 24-7-1978). El texto del artículo 123 es el siguiente: *“Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y facilitarán un marco legislativo adecuado para las empresas cooperativas. También habilitarán los medios que hagan posible el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”*.

³⁷ Pueden destacarse las siguientes: - Traslado de la materia cooperativa al capítulo III del título I, dentro de los principios rectores de la política social y económica, manteniendo el contenido del proyecto. La razón es que encaja más en este capítulo como principio de política económica, y no como actividad de los entes públicos. (PSI) - Inclusión de la creación de un organismo autónomo que coordine a las cooperativas. (PSI, Corte Zapico) - Sustituir la referencia a los poderes públicos por la Ley, para lograr más garantías. (Gil, Olarra) - Supresión de la referencia a las cooperativas, por coherencia con el modelo económico adoptado. (GM, Xirinacs) - Sustitución del texto del artículo 123.2º del proyecto: *“fomentarán, con un marco legislativo adecuado, las sociedades cooperativas”*, para recoger las funciones de promoción, estímulo, desarrollo y protección del cooperativismo. Traslado al artículo 21. Bis (UCD, Damas Rico): Inicialmente propone el texto siguiente: *“1º. los poderes públicos establecerán el marco adecuado que facilite la promoción, creación y desenvolvimiento de las sociedades cooperativas que observen los principios establecidos por la A.C.I. 2º. La constitución y actuación de las cooperativas quedan bajo el amparo del Poder Judicial y no estarán subordinadas a la Administración pública. 3º La unidad del mundo cooperativo es reconocida y propiciada por el Estado, con independencia, en todo caso, de los poderes públicos”*. Posteriormente propone el siguiente: *“fomentarán, con un marco legislativo adecuado, las sociedades cooperativas”*. - Traslado de la materia cooperativa al artículo 21. 7º, junto a asociaciones, porque es más correcto. (UCD, Ballarín Marcial): *“los poderes públicos establecerán un marco legal que facilite la creación y el desenvolvimiento de las sociedades cooperativas basadas en los principios internacionalmente aceptados, protegiendo de modo especial las que potencien el trabajo personal de sus asociados o la satisfacción de necesidades primarias de las categorías sociales de él favorecidas. Se propiciará un movimiento cooperativo unitario e independiente de los poderes públicos”*.

³⁸ Sesión de 24 de agosto de 1978 (diario de sesiones nº 43, sesión 5).

³⁹ Dictamen de la Comisión resulta de la sesión de 3-10-1978. (BOCG 6-10-1978). Uno de los votos particulares, el del Sr. Olarra Ugartemendia, propone la modificación de este artículo 128.2º: *“los poderes públicos... facilitarán un marco legislativo adecuado para el fomento de las empresas cooperativas”*. Se propugna un cambio del término sociedades cooperativas por el de empresas cooperativas, aunque la Comisión no lo admite.

cooperativas” y no de “*empresas cooperativas*”. El Pleno del Senado mantiene este texto⁴⁰.

El Dictamen de la **Comisión mixta Congreso-Senado**⁴¹ recoge la referencia a las cooperativas en el art. 129.2º, aunque se modifican algunos términos, sin que nos haya sido posible averiguar el porqué de este cambio: “*los poderes públicos... fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas*”.

Se sustituye el término “*facilitar*” por “*fomentar*” (en la Comisión constituyente del Senado), “*un marco legislativo adecuado*” por “*una legislación adecuada*” (en la Comisión mixta) y “*empresas cooperativas*” por “*sociedades cooperativas*”⁴² (en la Comisión constituyente del Senado).

No hemos podido averiguar las razones⁴³ de los cambios de contenido y encuadre que se han producido en la materia cooperativa durante la elaboración de la Constitución, aunque se ha manifestado una tendencia clara hacia su consideración como entidad independiente, societaria, ajena a otras asociaciones y excluida del Derecho Mercantil y civil. No se sabe porqué se utilizó el termino sociedades cooperativas, aunque pudo tomarse de la denominación empleada por la Ley de Cooperativas de 1974.

Interpretando someramente el contenido literal actual del art. 129.2º CE y los cambios que se produjeron en su tramitación, parece que el término fomentar es más amplio que facilitar, al incluir la promoción y protección de las cooperativas. Respecto a lo que

⁴⁰ Sesión de 5-10-1978 (BOCG 13-10-1978).

⁴¹ Sesión de 25-10-1978. (BOCG 28-10-1978).

⁴² PRADOS DE REYES, F. VIDA SORIA, J. “*Comentario a las Leyes políticas*”: dirigidos por O. ALZAGA VILLAAMIL, artículo 129 de la CE, Cooperativas, tomo X. Edersa, Madrid 1998, pág. 114. En opinión de estos autores, la consideración de “*sociedad cooperativa*” se realiza con un doble significado, reconocer el valor de estas formas empresariales en orden a lograr la integración de ciudadanos en sectores de la actividad económica y estimular, mantener y perfeccionar el fenómeno cooperativo con un adecuado marco normativo.

⁴³ La razón de esta dificultad estriba en que no existen borradores taquigráficos o similares de las reuniones de las Comisiones constituyentes en el Congreso y en el Senado, tan sólo algunos borradores escritos a mano. Las actas recogen los cambios admitidos sin explicar, en la mayoría de los casos, a que han sido debidos.

debe entenderse por poderes públicos la opinión general es que se incluye al poder legislativo, ejecutivo, judicial, al TC y a la administración. Se entienden incluidas todas las administraciones públicas, estatal, municipal, provincial, autonómica e institucional. La referencia a la legislación adecuada no afectaría a Leyes en sentido estricto, sino a normas de cualquier rango, e incluso algunos autores⁴⁴ opinan que son incluibles también otras conductas, y que adecuada debe entenderse en el sentido de eficaz. La normativa adecuada será la de carácter sustantivo, Leyes y Reglamentos cooperativos, y la de fomento, tributaria y sectorial según la actividad⁴⁵.

Pese a la denominación de “sociedades⁴⁶”, y en contra de su consideración como sociedades mercantiles o civiles, hay que citar el art. 149.1.6º y 8º CE que reserva al Estado ambas materias, sin perjuicio del respeto a la legislación civil foral, en la que no está incluidas las Cooperativas. Las Cooperativas han sido reguladas por las CCAA en algunos casos: País Vasco, Navarra, Cataluña, Valencia, Andalucía, Extremadura, Aragón, Galicia y Madrid. Es preciso determinar la competencia en que se basa dicha regulación autonómica y su base constitucional, el artículo 148.1.3º relativo a la vivienda, el 149.3 o el 150, cuando tratemos las normas autonómicas de Cooperativas. En principio se admite que la base competencial es el 149.3º⁴⁷. En tal sentido se ha manifestado el TC en su sentencia 72/83 de 29-7-1983, respecto de la no inclusión de las Cooperativas en la materia mercantil. Esta posibilidad, que excluye a las Cooperativas del ámbito mercantil, reservado al Estado en el art. 149.1.6º, no significa,

⁴⁴ CAZORLA PRIETO, L: “*Comentarios a la Constitución* ” dirigidos por Garrido Falla, art. 129. Civitas, Madrid 1985, pág. 1364.

⁴⁵ PAZ CANALEJO, N: “*La Constitución y las Cooperativas*”... *cit*, pág. 79.

⁴⁶ PRADOS DE REYES, F; VIDA SORIA, J: “*Comentario a las Leyes políticas*”... *cit*, pág. 88. Según estos autores no está clara la calificación y ubicación de las Cooperativas.

⁴⁷ “*Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos.*”

que determinados actos no sean mercantiles (escritura pública e inscripción en el Registro) y sean competencia exclusiva del Estado. Ocurre lo mismo con la materia civil, a la que no pertenecen las Cooperativas en principio, lo que no obsta para que puedan aplicarse a ellas las normas sobre persona jurídica en general u otras que afecten a cuestiones concretas de la actividad de ésta, propiamente civil, como veremos que ocurre respecto de las Cooperativas de viviendas.

De la visión del legislador constitucional sobre las Cooperativas puede concluirse lo siguiente. Las Cooperativas se encuentran ubicadas en el título VII de la Constitución, sin que sea posible entender la razón de ello y el abandono del título I, en el que inicialmente se encontraban⁴⁸. La competencia estatal o autonómica sobre cooperativas, planteada durante la tramitación, no tiene reflejo en el texto constitucional. La dicción literal del artículo 129 es fruto de modificaciones sucesivas durante su elaboración, en orden a sustituir algunos términos. Con relación a la calificación societaria, puede entenderse que esta es una calificación genérica que podría haberse suprimido, o sustituido por otra, sin que ello modificara el contenido del artículo. La designación constitucional de las Cooperativas como sociedades no ofrece una visión excluyente de las mismas respecto de su carácter asociativo general, y en tal sentido lo entendemos y manifestamos. Además, tampoco en la elaboración de la CE se planteó el tema de su carácter, resolviendo que son entidades independientes y diferentes, y legalmente son sociedades.

⁴⁸ PRADOS DE REYES, F.; VIDA SORIA, J. "Comentario a las Leyes políticas"... cit, pág. 96 y 108: Estiman mas adecuada la ubicación en el capítulo III del título I, por la materia y por la mayor instrumentación normativa de las garantías. Según su actual colocación, es un principio rector, pero "ni tiene una mensurabilidad objetiva ni dispone de una sanción jurídica o política de alcance suficiente".

1.2. Ley de Cooperativas de 1999.

En la actualidad ha llegado a su fin la tramitación parlamentaria de una nueva versión de la Ley de Cooperativas que, aunque novedosa por su planteamiento no lo es tanto respecto de las Cooperativas de viviendas. Su origen se encuentra en el Proyecto de Ley de Cooperativas⁴⁹, iniciativa del grupo del gobierno, elaborado mediante Anteproyecto⁵⁰ desde el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Tenemos constancia cierta de que la iniciativa del mismo responde al consenso del poder ejecutivo con los grupos y asociaciones cooperativas más importantes⁵¹ del país, lo que redundará, en nuestro caso, a favor de escasísimas modificaciones en materia de Cooperativas de viviendas, no sólo en el Proyecto inicial sino también en el texto aprobado por el Congreso y el Senado, puesto que no han sido objeto de ninguna enmienda. Por esta razón la esencia de la tesis no se ve afectada. Como en muchas otras ocasiones, el legislador se ocupa de cuestiones que han dado lugar a litigios conocidos⁵² solucionando los supuestos a posteriori, así como de adaptar la regulación cooperativa al Derecho comunitario.

Aunque políticamente la Ley 27/1999 de 16-7 de Cooperativas se presente como novedosa, y en algunos tipos concretos de Cooperativas lo sea, podemos deducir de su seguimiento, desde los inicios cuando todavía era un borrador, y su estudio, que no lo es tanto, adoptándose algunas medidas concretas por motivos esencialmente políticos. Se añade a lo anterior que es el Ministerio de Trabajo quien redacta y elabora el inicial Proyecto de Ley de Cooperativas, y aunque cuente con otros Ministerios, con relación

⁴⁹ BOCG 27-7-1998. Congreso de los Diputados. Serie A, nº 125-1.

⁵⁰ Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales. 10-7-1998.

⁵¹ CONCOVI: Confederación de Cooperativas de viviendas de España, desde el ámbito de viviendas.

a las distintas clases de Cooperativas, lo hace a modo de consulta sin tenerlos demasiado en cuenta. Ello redundaría en perjuicio de una adecuada regulación de las diferentes clases de Cooperativas, que por su actividad correspondiente requieren medidas ad hoc específicas de cada clase –no necesariamente legales–.

Tras su ingreso y publicación como Proyecto de Ley ha sido objeto de tres enmiendas a la totalidad⁵³ y cuatrocientas treinta y tres enmiendas parciales⁵⁴, algunas de las cuales han sido admitidas en su estudio por la ponencia y la Comisión de política social y empleo del Congreso⁵⁵, lo que es fruto del consenso logrado en la discusión de aquél, necesario para su evolución positiva. En el Congreso el texto fue aprobado por la Comisión de Política Social y Empleo con competencia legislativa plena el 30-3-1999⁵⁶. El Proyecto de Ley se remite al Senado, que presenta 131 enmiendas parciales⁵⁷, discutidas y algunas admitidas en el texto definitivo⁵⁸. Devuelto el texto del Proyecto al Congreso para su aprobación, ésta se ha producido en el Pleno del 17 de junio de

⁵² Nos referimos al caso PSV-IGS, macrocooperativa, con problemas de confusión económica entre las fases y promociones y entre los gastos favorables al objeto social cooperativo, y otros absolutamente ajenos a éste.

⁵³ Discutidas en el Pleno del Congreso: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno, Sesión núm. 196, nº 202, 10-12-1998, pág. 10875 y ss.

⁵⁴ El plazo de presentación de enmiendas fue ampliado hasta cuatro veces, publicándose éstas en el BOCG de 17-11-1998. Congreso de los diputados. Serie A, nº 125-7 (corrección de errores en el nº 125-8, e índice de enmiendas en el nº 125-9). Su discusión ha correspondido a la Comisión de Política Social y Empleo: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, sesión núm. 40, nº 646, 17-3-1999 pág. 18828 y ss.

⁵⁵ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno Sesión núm. 196, nº 202, 10-12-1998, pág. 10876 y ss.

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de política social y empleo, sesión núm. 40, nº 646, 17-3-1999, pág. 18828 y ss. El texto resultante como informe de la Ponencia se publica en el BOCG de 24-3-1999. Congreso de los diputados. Serie A, nº 125-10.

⁵⁶ BOCG de 30-3-1999. Congreso de los diputados. Serie A, nº 125-12.

⁵⁷ BOCG de 22-4-1999. Senado. Serie A, nº 136-c.

⁵⁸ Informe de la ponencia en BOCG de 17-5-1999. Senado. Serie A, nº 136-d; y Dictamen de la Comisión en BOCG de 24-5-1999. Senado. Serie A, nº 136-e.

1999⁵⁹, que admite el texto remitido por el Senado, con las enmiendas incorporadas por éste.

En cada capítulo de la tesis, y también en este primero, nos ceñiremos a los aspectos más destacables de la regulación cooperativa analizada desde el punto de vista de la Ley de Cooperativas actual. Por ello, vamos a plantear previamente el tratamiento y evolución en el Proyecto de algunas cuestiones de interés general. Las referencias a la derogada LGC de 1987 se harán en el apartado correspondiente a la evolución histórica de la normativa cooperativa, sin perjuicio de que a lo largo de la tesis nos refiramos a ella, de forma comparativa respecto de la vigente, puesto que es la que inicialmente tuvimos en cuenta para elaborar la investigación.

La Ley de Cooperativas de 1999 mantiene su carácter de regulación independiente y específica, general, además de ocuparse de algunos aspectos de cada clase cooperativa en concreto. El legislador continúa en la línea anterior, al ocuparse de los intereses de terceros⁶⁰, y de los intereses de la Cooperativa como persona jurídica -su organización⁶¹-, y se olvida, de nuevo, de los socios. Se escuda el legislador en el

⁵⁹ Texto comparativo con enmiendas del Senado: BOCG de 11-6-1999. Congreso de los diputados. Serie A, nº 125-13. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno Sesión núm. 239, nº 247, 17-6-1999, pág. 13133 y ss.

⁶⁰ En el art. 4 del Proyecto inicial se plantea la realización de actividades con terceros no socios cuando lo prevean los Estatutos, o por autorización ante circunstancias excepcionales. En las enmiendas presentadas en el Congreso se pretende la supresión de los límites a las operaciones con terceros en caso de circunstancias excepcionales –enm. 4 del BNG, 205 del GV, 314 del GC y 362 del GS-, la determinación de cierta cuantía de los resultados obtenidos a los fondos –enm. 49 de Cca-, la previsión de límites legales y no de rango inferior –enm. 285 del GP-. La ponencia no admite dichas enmiendas: BOCG de 24-3-1999. Congreso de los diputados. Serie A, nº 125-10. En el Senado se plantean las enmiendas, 51 del GS que exige la supresión de limitaciones a la actividad con terceros, y la 110 del GP incluyendo la referencia a las actividades con terceros cuando lo prevean los Estatutos, la Ley y la legislación sectorial que le sea aplicable. Sólo la 110 es admitida por la Ponencia: BOCG de 17-5-1999. Senado. Serie A, nº 136-d e incluida en el Dictamen de la Comisión: BOCG de 24-5-1999. Senado. Serie A, nº 136-e, cuyo texto es aceptado sin modificaciones por el Pleno del Congreso en la sesión de votación del Proyecto: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno Sesión núm. 239, nº 247, 17-6-1999, pág. 13133 y ss.

⁶¹ En la Exposición de motivos insiste en la competitividad, en el carácter empresarial, las exigencias del mercado y la consolidación empresarial. Se refiere expresamente a las modificaciones sufridas en Derecho de sociedades, para adaptarlo a las Directivas europeas sobre la materia.

mercado cada vez más competitivo, y en su carácter empresarial⁶² que exige eficacia y rentabilidad; y evita admitir que el Derecho comunitario pretende ofrecer una vía diferente para las Cooperativas, al plantear su regulación mediante el “Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea” por tratarse de entidades con una filosofía distinta. Nosotros entendemos que la especialidad cooperativa no impide que las materias de organización societaria en general puedan ser comunes. Para el legislador la organización de la Cooperativa asume tintes cada vez más societarios, dejando a un lado su condición asociativa, y de especial consideración de las personas que la forman, y las especificidades de sus clases. Esta es nuestra percepción del texto de la LC, durante su tramitación como Proyecto de Ley. Y ello pese a que la Exposición de motivos⁶³ se refiera a las Cooperativas como sociedades de personas con elementos

Sobre esta cuestión de interés de socios, igualdad y democracia, como esencia cooperativa, se presenta una enmienda a la totalidad (enm. 1) por el BNG del Grupo mixto.

⁶² En la discusión en Pleno del Congreso del Proyecto y las enmiendas a la totalidad: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno Sesión núm. 196, n° 202, 10-12-1998, pág. 10875 y ss; se hace especial hincapié en este tema, la naturaleza empresarial y societaria de las Cooperativas, sin distinguir esta figura de las Sociedades. Así parece que el concepto de empresa se identifica equivocadamente con el de sociedad mercantil, como se deduce de la defensa del Proyecto por el Ministro de Trabajo, y de la intervención del diputado del Grupo popular. Se alude a la Unión Europea, olvidando que esta misma plantea la esencia cooperativa en paralelo a la realidad societaria, sin confundir ambas (las Directivas en materia societaria afectan a sociedades de capital: anónimas, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones, como se expresan no sólo ellas sino también el tratado de adhesión de España a la comunidad, e incluso la última directiva 89/667, DOCE 395/89 L, pág. 40), y también al Dictamen del Consejo Económico y Social y del Consejo General del Poder Judicial de adecuación al Derecho de sociedades. También se defiende la figura de la Cooperativa mixta con elementos de la Cooperativa y la sociedad mercantil, olvidando que sólo puede provocar confusión, y la transformación en otra entidad civil y mercantil. La oposición critica el tratamiento de estas cuestiones, especialmente la identificación con otra sociedades olvidando la esencia cooperativa, las verdaderas directrices de la Unión Europea, y los efectos de la modificación y unión con otras entidades sobre los aspectos fiscales cooperativos. El origen de esta opinión se encuentra en las enmiendas planteadas, como la enmienda 1 a la totalidad del BNG que critica la asimilación a las figuras mercantiles en perjuicio de los principios cooperativos.

Lo anterior continúa en la aprobación del informe de la ponencia por el Congreso, y la discusión de las enmiendas que se mantienen en ella: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de política social y empleo, sesión núm. 40, n° 646, 17-3-1999, pág. 18828 y ss. Se mantiene la idea de función social de las Cooperativas por el BNG e IU, la inclusión de los principios Cooperativos por Cea y GC.

⁶³ *“Los elementos propios de una sociedad de personas, como son las Cooperativas, pueden vivir en armonía con las exigencias del mercado... Objetivo de la nueva Ley es, precisamente que los valores que encarna la figura histórica del cooperativismo... sean compatibles y guarden un adecuado equilibrio con el fin último del conjunto de socios, que es la rentabilidad económica y el éxito de su proyecto empresarial... La constitución de la sociedad Cooperativa se hará por comparecencia simultánea de todos los socios promotores ante el Notario, al ser una sociedad de personas...”*

propios y especiales, y pese a que el artículo primero de la Ley las califique como “*sociedad constituida por personas*”⁶⁴, de forma similar a la derogada LGC de 1987 - se refería a ellas como sociedades que asocian a personas-. Ante la dificultad de definir las, el legislador actual pretende continuar fomentando su carácter societario, olvidando la esencia asociativa, cuestión ante la cual nosotros nos manifestamos en desacuerdo, solicitando su denominación única como Cooperativas. Con relación al concepto de Cooperativa, y su lugar dentro de las personas jurídicas, la LC actual no aporta gran cosa, ya que no se ocupa de estas cuestiones. Se observa una tendencia a trasladar las cuestiones de las sociedades mercantiles a los supuestos cooperativos, que se impone por su origen en el grupo político mayoritario. No se plantea el tema del lucro en la discusión parlamentaria, al no ser un elemento de la definición, ya abandonado en Leyes anteriores. Sin embargo, la regulación, en la disposición adicional primera, de la posibilidad de calificar determinadas Cooperativas como entidades sin

En las enmiendas planteadas a la Exposición de motivos puede destacarse la 145 de Cea, que solicita la inclusión de los principios cooperativos de la ACI. No se acepta ninguna de las enmiendas a dicha Exposición. En el Senado este grupo, Cea, en la enm. 31, reitera el deseo de inclusión literal de los principios de la ACI en la Exposición de motivos, para facilitar la interpretación y aplicación de la norma. Dicha enmienda tampoco es aceptada.

⁶⁴ “Art. 1. La Cooperativa es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la Alianza Cooperativa Internacional, en los términos resultantes de la presente Ley.”

Esta redacción es fruto de la admisión de una enmienda transaccional al art. 1 del Proyecto inicial de 1997 que se refería exclusivamente a la sociedad, constituida por personas que se asocian para actividades económicas y sociales de interés común, con democracia y conformidad a los principios cooperativos. Dicha enmienda transaccional resulta de las enmiendas 45 del BNG –inclusión de la referencia al capital variable y de la imputación de resultados a los socios en función de la actividad cooperativizada-, 91 de IU –denominación de la Cooperativa como asociación autónoma de personas, adecuandola a la definición de la ACI-, 203 bis del GV –la Cooperativa como sociedad que desarrolla una empresa con o sin ánimo de lucro... y aplica los principios de la ACI-, y 312 del GC –ampliación del alcance de la definición, como sociedad constituida por personas, conforme a los principios de la ACI.

En el Senado, la enmienda 21 de IU pretende incorporar a este concepto la consideración de “*asociación autónoma de personas*”, y algunos de los principios de la ACI, a los que también se intenta hacer referencia en la Exposición de motivos –enmienda 31-. Dichas consideraciones no son tenidas en cuenta por la ponencia: Informe de la ponencia en BOCG de 17-5-1999, Senado. Serie A, n° 136-d; y Dictamen de la Comisión en BOCG de 24-5-1999, Senado. Serie A, n° 136-e.

ánimo de lucro, refleja una tendencia a no abandonar la cuestión; y aún limitándola a los casos de satisfacción de ciertos intereses colectivos o titularidades públicas o integración de personas, realmente se abre la puerta a su calificación si se cumplen además determinados requisitos organizativos.

Desde el momento en que la regulación de las Cooperativas es autónoma e independiente de otras sociedades civiles o mercantiles, podríamos considerar que es una figura y disciplina autónomas. Sin embargo en su regulación existen muchas similitudes con la organización y estructura de las sociedades mercantiles, especialmente por razones prácticas. Las semejanzas con la materia civil se verán con relación a las Cooperativas de viviendas en especial. En el estudio de este paralelismo con sociedades mercantiles y civiles trataremos de averiguar si es admisible su independencia como entidad y como disciplina jurídica.

No admitimos “a priori”, con carácter absoluto y definitivo, la calificación societaria como la mejor, y estimamos que es interesante analizar la evolución del concepto desde su origen como regulación específica hasta la actual LC. De tal forma, mediante este estudio trataremos de encontrar alguna explicación al tratamiento de las Cooperativas como sociedades, y el abandono de su denominación como asociaciones, como sucedía en la evolución de las normas cooperativas anteriores a la actual. Estimamos que ambas calificaciones podrían no ser incompatibles, tratándose de una asociación que asume una organización y estructura societaria.

El legislador ha perdido de nuevo la oportunidad de admitir expresamente la especialidad cooperativa, su carácter esencialmente asociativo, sin perjuicio de su

También en otras materias los enmendantes se refieren a la especial relación entre las Cooperativas y las asociaciones, como es el caso de la 186 de Cea.

estructuración y consideración societaria en orden a un mejor funcionamiento. No olvidamos que la nueva Ley ha sido elaborada como tal por motivos políticos, ya que podía haberse modificado la de 1987 sin promulgar una nueva. La materia cooperativa no puede estar sometida a continuos cambios y vaivénnes como ocurre en la actualidad, tanto a nivel estatal como autonómico. Como desarrollaremos en el capítulo segundo, debe añadirse como “logro” de la nueva norma la limitación excesiva de su ámbito de aplicación por cuestiones de política autonómica, y no jurídicas, encontrándonos ante una Ley que puede ser fácilmente excluida por las propias Cooperativas, quedando en sus manos la elección de la Ley aplicable.

1.3. *Derecho autonómico.*

Para facilitar la comprensión de este apartado distinguimos la situación anterior, basada en la aplicación de la derogada Ley General de Cooperativas de 1987, de la actual, al incorporarse al ordenamiento la Ley de Cooperativas de 1999. Debe destacarse como idea fundamental que la nueva Ley amplía hasta límites insospechados la relevancia de las normas autonómicas, en orden a la regulación prevista del ámbito de aplicación, lo que lejos de ser aceptado, es una muestra más de la irracionalidad de la evolución jurídica del Estado de las autonomías.

1.3.1. Ámbito de aplicación de la derogada Ley General de Cooperativas de 1987.

Las Comunidades Autónomas gozan de competencia exclusiva en materia de Cooperativas, que ha sido asumida por sus Estatutos⁶⁵, en aplicación del artículo

⁶⁵ Inicialmente la asumen los Estatutos de, el País Vasco, art. 10.23 L.O. 3/1979 de 18-12, Cataluña, art. 9.21 L.O. 4/1979 de 18-12, Andalucía, art. 13.20 L.O. 6/1981 de 30-12, Valencia, art. 31.21 L.O. 5/1982 de 1-7, Navarra, art. 44.27 L.O. 13/1982 de 10-8. A raíz de la L.O. 9/1992 de 23-12 de transferencia de competencias.

149.3⁶⁶ de la Constitución. La legislación autonómica, en su inicio, es anterior a la estatal de 1987, y en ella se regulan absolutamente todos los aspectos cooperativos, debido precisamente a la tardanza de la Ley general de 1987. Dichas normas autonómicas han sido objeto de modificaciones, y las vigentes son en muchos casos posteriores.

En esta regulación⁶⁷ todas las CCAA, excepto Ceuta y Melilla a las que se aplica la LGC, gozan de competencia exclusiva para legislar en materia de cooperativas. El ámbito de la competencia autonómica se limita a las Cooperativas que actúen en dicha comunidad, siendo estatal la competencia cuando sobrepase dicho límite territorial,

asumen la competencia exclusiva el resto de CCAA: Asturias, art. 10.1.21 L.O. 7/1981 de 30-12 modificado en 1994, Cantabria, art. 22.21 L.O. 8/1981 de 30-12 modificado en 1994, La Rioja, art. 8.21 L.O. 3/1982 de 9-6 modificado en 1994, Murcia, art. 10.22 L.O. 4/1982 de 9-6 modificado en 1994, Aragón, art. 35.24 L.O. 8/1982 de 10-8 modificado en 1994 y 1996, Castilla-La Mancha, art. 31.21 L.O. 9/1982 de 10-8 modificado en 1994, Canarias, art. 30.24 L.O. 10/1982 de 10-8 modificado en 1996, Extremadura, art. 7.23 L.O. 1/1983 de 25-2 modificado en 1994, Islas Baleares, art. 10.24 L.O. 2/1983 de 25-2 modificado en 1994, Madrid, art. 26.21 L.O. 3/1983 de 25-2 modificado en 1994, Castilla y León, art. 26.23 L.O. 4/1983 de 25-2 modificado en 1994. Galicia hasta 1995 no asume la competencia legislativa exclusiva tras la modificación de su Estatuto, L.O. 1/1981 de 6-4, art. 28.7, por L.O. 16/1995 de 27-12, art. 2.a). GARCÍA DE ENTERRÍA, E. FERNÁNDEZ, T.R. "Curso de Derecho Administrativo I", Civitas, Madrid 1997, reimpresión 1998, pág. 275. Se refiere a la sucesiva asunción de competencias el documento de: "Régimen de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA". Ministerio de Administraciones públicas, Secretaría de Estado para las Administraciones Territoriales, Madrid 1993, pág. 57 y ss.

⁶⁶ STC 72/83 de 29-7-1983, BOJC 1983, pág. 419-436, que se refiere al art. 149.3. "Art. 149. 3. Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas."

⁶⁷ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIA, F. "Comentarios a la Ley General de Cooperativas": dirigidos por M. ALBALADEJO y F. SÁNCHEZ CALERO, art. 1 y ss., tomo XX, vol. 1º, Edersa, Madrid 1989, pág. 48. En lo referente al derecho aplicable a las CCAA, los partidarios de la autonomía del derecho cooperativo distinguían, según la situación anterior a la L.O. 9/1992 de 23-12, dos situaciones. La primera, la de las CCAA con competencia exclusiva para legislar, que aplican su Ley de Cooperativas y supletoriamente la LGC estatal, sobre la base del art. 149.3 de la Constitución (materias no atribuidas expresamente al Estado, asumidas por las CCAA en sus estatutos). Las normas básicas de la LGC no deben aplicarse a estas CCAA aunque en ocasiones el Tribunal Supremo lo haya hecho (STS de 24-1-1990, ref. Ar. 22): disposición final 1.2ª de la LGC: "A efectos de la competencia de desarrollo legislativo que tienen atribuidas determinadas CCAA en materia de Cooperativas, tendrán el carácter de normas básicas...". Estas comunidades eran entonces Cataluña, País Vasco, Valencia, Navarra y Andalucía, y la LGC no era imperativa en ellas en ninguno de sus artículos. En segundo lugar, las CCAA con facultades de desarrollo legislativo y reglamentario sobre cooperativas que aplican la LGC estatal, especialmente sus normas básicas que son inmodificables para ellas. También se resume lo anterior en el "Régimen de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA"... cit, pág. 57 y ss.

En la actualidad la LC precisa su ámbito de aplicación en el art. 2 que analizaremos más adelante.

como disponía la disposición final primera de la LGC⁶⁸. El TC matizó e insistió sobre el sentido de la LGC, con una doctrina consolidada mediante varias sentencias, en que se distinguen las actividades típicas de las instrumentales de la Cooperativa⁶⁹, siendo las primeras, típicas, las que determinan el ámbito territorial y la Ley aplicable.

De estas CCAA con competencia exclusiva sobre la materia cooperativa algunas han redactado una Ley propia, que suele tener más presente que la LGC la realidad cooperativa, adaptando la legislación cooperativa a dicha realidad y no al contrario. La

⁶⁸ "1ª. 1. La presente Ley es de aplicación a todas las Sociedades Cooperativas con domicilio social en el territorio del Estado, excepto aquellas cuyas relaciones de carácter cooperativo interno que resulten definitorias del objeto social cooperativizado, y entendiéndose por tales relaciones las de la Cooperativa con sus socios, se lleven a cabo dentro del territorio de una Comunidad Autónoma que, en uso de su competencia legislativa exclusiva, haya regulado dichas Sociedades, sin perjuicio de que establezcan relaciones jurídicas con terceros o que realicen actividades instrumentales o personales accesorias al referido objeto social fuera del territorio de dicha Comunidad Autónoma."

⁶⁹ Alguna de las normas cooperativas ha sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad por esta razón, manteniendo el Tribunal que la materia cooperativa es cuestión autonómica y no estatal. Además, como decimos, el Tribunal se plantea a que aspectos afecta dicho ámbito. Hay supuestos como el de la Ley del País Vasco, 1/1982 de 11-2, impugnada en la STS 72/1983, en que el TC, en el fundamento jurídico cuarto, determina el ámbito territorial de la competencia autonómica impugnada, que afecta a las relaciones cooperativas internas, típicas, con los socios, que se produzcan en el ámbito de dicha comunidad, distintas de las instrumentales que pueden producirse en otras CCAA: "Las competencias asumidas en materia de cooperativas han de entenderse referidas al ámbito territorial del País Vasco, es decir, que las relaciones de carácter cooperativo a que puede afectar la competencia de la Comunidad son única y exclusivamente las que tengan lugar en el ámbito territorial del País Vasco... las funciones típicas de las cooperativas se reflejan en las relaciones de las cooperativas con sus socios, es decir, son relaciones societarias internas, con carácter general, que son las que han de desarrollarse en el ámbito territorial del País Vasco; así como las que, en virtud de la legislación aplicable, hayan de asimilarse a ellas... además, la cooperativa como persona jurídica ha de establecer relaciones jurídicas externas con terceros, que no pueden encuadrarse dentro de las funciones típicas de las mismas y que tienen un valor instrumental. Se trata, en definitiva, de actividades y relaciones instrumentales en las que la cooperativa actúa como cualquier persona jurídico-privada en el ámbito territorial del País Vasco o fuera del mismo. La comunidad Autónoma tiene competencia para regular por Ley las cooperativas que llevan a cabo su actividad societaria típica, en los términos ya expuestos, dentro del territorio de la Comunidad, aun cuando establezcan relaciones jurídicas o realicen actividades de carácter instrumental fuera del territorio de la misma..." En el mismo sentido se expresan las STC 27-3-1984 (Ar. 44) y 5-12-1985 (Ar. 165), ambas relativas a Cooperativas de crédito, por lo cual se trata de doctrina consolidada. En ellas se produce una cita sucesiva de la sentencia cronológicamente anterior, especialmente la primera y segunda de 1983 y 1984 (como ocurre en la STC de 22-3-1988, Ar. 49 y 11-5-1989, Ar. 88). Así la de 1984, Ar. 44, en la que, en el fundamento jurídico segundo, ante Cooperativa con domicilio social en el País Vasco y actividades fuera del mismo, el Tribunal manifiesta de nuevo, citando la sentencia 72/1983, que la dimensión territorial que determina la competencia autonómica no afecta a las relaciones con terceros, instrumentales o a las consecuencias de hecho derivadas de la actividad cooperativa, sino a las actividades típicas de la Cooperativa con sus socios. El de 1985 es un conflicto análogo al de 1984, en que el Tribunal, en el fundamento jurídico tercero, se reafirma en su criterio de distinción de actividades instrumentales o consecuencias de hecho de la actividad cooperativa, y actividades típicas de la Cooperativa. También puede verse la STC 5-12-1985 (Ar. 165), fundamentos de derecho tercero y cuarto

calificación de las Cooperativas suele ser similar a la de la LGC estatal⁷⁰, como sociedad o, en algún caso con matices diversos⁷¹, teniendo en cuenta su condición de asociación, agrupación y empresa. El resto de CCAA está en trámites de dictar su Ley correspondiente. En aquellas comunidades que tienen Ley propia se aplica ésta, salvo

⁷⁰ El Decreto legislativo 1/1992 de 10-2, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Cataluña (Ley 4/1983 y 13/1991) recoge un concepto similar al de la Ley estatal, una definición descriptiva. Cataluña tiene una gran tradición cooperativa, y ya en 1934 dictó una Ley de bases para mutuas y Cooperativas, inspirada en la general de 1931, que planteaba la personalidad jurídica de las mismas como medio de mejora de la situación de sus socios: LLUIS Y NAVAS, J: *"Derecho de Cooperativas"*. Tomo I. Tomo II. Bosch, Barcelona 1972. pág. 246.

La Ley de 11-2-1982 del País Vasco, modificada por Ley 4/1993 de 24 de junio, continúa con la doble idea *"sociedad-empresa"* respecto a las cooperativas en su artículo 1º, *"sociedad que desarrolla una empresa"*.

La Exposición de motivos de la Ley 2/1999 de 31-3 de Cooperativas de Andalucía se refiere literalmente a las Cooperativas como sociedades cooperativas, y como *"entidades de carácter asociativo voluntario"*. Los artículos 1 y 2 se refieren a las Cooperativas como sociedades participativas.

La Ley de Cooperativas Navarra, 12/1996 de 2-7, también parte de una realidad cooperativa previa e importante a la regulación de la figura por la Ley, y así la primera Ley sobre la materia, 12/1985 de 3-7, afirmaba que *"El movimiento asociativo... da origen a lo que hoy continúa denominándose espíritu cooperativo... principios propios de estas formas asociativas como son..."*, mientras que la de 1996 persigue adaptar aquella a las directrices aplicables tras la incorporación de España a la Unión Europea. Además, tiene en cuenta, en el concepto, la idea de *"empresa en común"*.

La Exposición de motivos de la Ley 9/1998 de 22-12 de Cooperativas de Aragón se refiere a las cooperativas como *"un tipo de sociedad de especial relevancia social"*, y su artículo 2 las define como *"sociedades que asocian a personas para realizar actividades económicas y sociales de interés común y de naturaleza empresarial"*.

La Ley 5/1998 de 18-12 de Cooperativas de Galicia, ofrece, en todo momento, un concepto de las Cooperativas como sociedades, incluyendo alguna nota novedosa como es *"la empresa de propiedad conjunta"*.

⁷¹ La Ley Valenciana de Cooperativas es de las más respetuosas con la concepción tradicional de la Cooperativa. Por Decreto Legislativo 1/1998 de 23-6, se aprueba el Texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana que, en su artículo segundo, se refiere a ellas como *"A los efectos de esta ley es cooperativa, la agrupación voluntaria de personas físicas y, en las condiciones de la ley, jurídicas, al servicio de sus socios, mediante la explotación de una empresa colectiva sobre la base de la ayuda mutua, la creación de un patrimonio común y la atribución de los resultados de la actividad cooperativizada a los socios en función de su participación en dicha actividad."* En idéntico sentido se manifiesta la Ley 2/1998 de 26-3 de Sociedades Cooperativas de Extremadura, que se refiere a ellas como *"asociación autónoma de personas que se han unido de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática."*

La Ley 4/1999 de 30-4, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, se refiere, en su artículo primero, a la Cooperativa como *"asociación autónoma de personas tanto físicas como jurídicas que se han unido de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales en común, mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática."* Parece que las últimas Leyes de Cooperativas autonómicas van en la línea del carácter asociativo, de necesidad común de la figura.

VICENT CHULIÀ, F: *"La legislación cooperativa autonómica"*, en Rev. Jurídica de Cataluña nº 2, 1985, pág. 104 y ss. Analiza el concepto del Proyecto de Ley de Cooperativas valenciana de 1985, ya derogada, casi idéntico a su redacción definitiva, y similar al actual de 1998. Este autor realiza una crítica favorable del mismo, al considerar que contiene todas las notas precisas para una definición exacta de las Cooperativas, pese a la dificultad que advierte de definir éstas (dificultad no resuelta en normas estatales anteriores, debido a la necesidad de recoger la verdadera realidad social cooperativa dentro del derecho positivo, evitando tentaciones de realizar esta transposición en sentido inverso, es decir adaptando las cooperativas al derecho positivo).

que el ámbito exceda de dicha comunidad y afecte a otras comunidades, en cuyo caso se aplicará la norma estatal. La aplicación de la Ley cooperativa autonómica excluye la aplicación de la estatal, que quedará como derecho supletorio excepto si la primera ha dispuesto su propio sistema de supletoriedad con relación a su ordenamiento jurídico particular. Las CCAA que no han ejercido la competencia referida quedarían sujetas a la Ley estatal. El resto de CCAA sin competencia exclusiva, que únicamente son Ceuta y Melilla, aplicaban también la LGC, especialmente sus normas básicas.

Además de estos temas deben plantearse otras cuestiones importantes. En primer lugar, la competencia exclusiva autonómica en materia de Cooperativas debe respetar la competencia estatal en aquellas cuestiones que afecten a otras materias, civil con respeto a los derechos forales, mercantil... según dispone el artículo 149.1. de la Constitución. Muchas cuestiones que afectan a las Cooperativas son civiles, mercantiles, fiscales, laborales..., y en ellas la normativa autonómica cooperativa no puede incidir por respeto a la normativa estatal. Con relación a esta cuestión el Tribunal Constitucional propone la complementariedad de la normativa autonómica, conjugándose con la estatal⁷². Este problema, hasta ahora, se ha solucionado sólo en los supuestos concretos que han llegado ante el TC. En segundo término, surgía la duda de

⁷² En tal sentido se manifiesta en las STC 6-5-1993 (Ar. 155), y 17-5-1993 (Ar. 204), ambas relativas a Cooperativas de crédito, sobre las que el Estado tiene competencia, al amparo del art. 149.1.11 de la Constitución. En la primera, en los fundamentos jurídicos primero y tercero, se afirma que “En lo que atañe a las Cooperativas de crédito, la competencia exclusiva que en materia de Cooperativas la Generalidad de Cataluña trae a colación como uno de los fundamentos centrales de la impugnación, debe conjugarse, con la competencia, también exclusiva del Estado para fijar las bases de la ordenación del crédito... Se reconoce expresamente la competencia de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo que dispongan sus correspondientes Estatutos de Autonomía, para regular el régimen jurídico de las Cooperativas de crédito, debiéndose tener en cuenta que, con arreglo a las singulares características de las Cooperativas de Crédito, en las que confluyen al menos y en lo que ahora interesa, aspectos crediticios y cooperativos -en los que, a su vez, inciden aspectos laborales y mercantiles, la normativa autonómica será complementaria de la estatal dictada al amparo del artículo 149.1.11 de la CE y de directa aplicación en los aspectos estrictamente cooperativos cuya regulación, por no tener carácter mercantil o laboral, corresponda a la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas.” Estos argumentos se repiten, incluida la cita a la propia sentencia, en la segunda, fundamentos jurídicos tercero y cuarto, también relativa a Cooperativas de crédito dentro de la CCAA valenciana. Puede verse también la STS 5-10-1992 (Ar. 134), fundamento jurídico segundo, sobre la

si las Comunidades Autónomas con competencia exclusiva en la materia, asumida en sus respectivos Estatutos, debían respetar la regla que la LGC establece en su disposición final primera, al citar aquellas normas que no son básicas respecto de la Ley, lo que por exclusión nos sitúa ante aquellas que si lo son. Esta regla sólo era aplicable a las CCAA con facultades de desarrollo legislativo, por lo que rápidamente dejó de tener contenido, ya que todas tienen competencia exclusiva en materia cooperativa, excepto Ceuta y Melilla.

1.3.2. Ámbito de aplicación de la Ley de Cooperativas de 1999.

El ámbito de aplicación de la Ley estatal respecto de las autonómicas es una de las cuestiones más importantes de la Ley actual, y una de las más debatidas ya que su reducción o limitación influye directamente sobre la aplicación real de la LC. Este tema ha sido especialmente cuestionado, resultando una regla distinta de la prevista en la LGC anterior.

En la elaboración de la actual Ley de Cooperativas de 1999 el ámbito de aplicación de la Ley entra en conflicto con las normas Cooperativas autonómicas, por lo que es uno de los temas más discutidos⁷³ y enmendados del Proyecto inicial. A diferencia de la LGC, que precisaba su ámbito en función de la actividad cooperativa dejando fuera del mismo a las Cooperativas que la ejercieran en el territorio de una CCAA con regulación ad hoc fruto de su competencia exclusiva –ámbito exigido en la disposición final

misma clase de Cooperativas, estableciéndose que la CCAA regula dentro de sus competencias, regulación que habrá de adecuarse a las normas estatales de crédito y mercantiles..

⁷³ Cuestión que ha sido objeto de gran número de las enmiendas en el Congreso –e incluso una en el Senado–, especialmente las de los grupos políticos autonómicos, lo que provoca que el Proyecto de Ley fuese inicialmente “mal visto” por éstas. Inicialmente el Proyecto de Ley prevé su aplicación a las Cooperativas que lleven a cabo sus relaciones internas con socios en el territorio de más de una comunidad autónoma o en Ceuta y Melilla.

primera de la LGC, que había sido precisado por el Tribunal Constitucional⁷⁴-, la Ley de 1999, en su redacción inicial en el Proyecto de Ley de julio de 1997, incluye en el artículo 2⁷⁵ el ámbito de aplicación de la Ley. En el Proyecto inicial se entiende dicho ámbito de forma amplia, limitando la aplicación de las normas autonómicas a las Cooperativas con actividad únicamente en una comunidad autónoma determinada. Se presentan en el Congreso diversas enmiendas a la totalidad⁷⁶ y parciales⁷⁷ de los grupos parlamentarios, en orden a dulcificar el ámbito estatal, logrando que el texto aprobado

⁷⁴ En las STC analizadas en este capítulo con relación al Derecho autonómico, el Tribunal mantiene que: “... La comunidad Autónoma tiene competencia para regular por Ley las cooperativas que llevan a cabo su actividad societaria típica, en los términos ya expuestos, dentro del territorio de la Comunidad, aun cuando establezcan relaciones jurídicas o realicen actividades de carácter instrumental fuera del territorio de la misma...” STS 72/1983. En el mismo sentido se expresan las STC 27-3-1984 (Ar. 44) y 5-12-1985 (Ar. 165), ambas relativas a Cooperativas de crédito, por lo cual es doctrina consolidada del Alto Tribunal. En ellas se produce una cita sucesiva de la sentencia cronológicamente anterior, especialmente la primera y segunda de 1983 y 1984 (como ocurre en la STC de 22-3-1988, Ar. 49 y 11-5-1989, Ar. 88). El Alto Tribunal estimó inconstitucional la determinación por la CCAA de la solución del conflicto de Ley que se presentaba si la Cooperativa con domicilio en dicha comunidad, ejercía su actividad típica dentro y fuera de ella. Ello ha sido superado en la actualidad, al lograr que la propia Ley estatal excluya de su ámbito las actuaciones típicas en varias CCAA siempre que en una de ellas ésta sea principal.

⁷⁵ “Art. 2. La presente Ley será de aplicación a las Sociedades Cooperativas que lleven a cabo las relaciones de carácter cooperativo interno con sus socios, definitorias del objeto social, en el territorio de más de una Comunidad Autónoma o en las ciudades de Ceuta y Melilla.”

⁷⁶ En el Congreso, las enmiendas a la totalidad –BNGallego, G.mixto y G. Socialista- solicitando la devolución del Proyecto de Ley, se basan casi exclusivamente en la disconformidad con el ámbito de aplicación de la Ley previsto por el gobierno. El Ministro de Trabajo defiende éste sobre la base de la doctrina del TC, y en las leyes autonómicas y en el art. 149 de la CE para las CCAA sin Ley propia. El Grupo Popular plantea el problema de CCAA con competencia exclusiva pero sin normativa. El Bloque Nacionalista Gallego se refiere al art. 2 que choca con el orden constitucional de competencias, y puede invadir la autonómica en el caso de una cooperativa con relaciones con socios en dos comunidades con atribución exclusiva, debiendo preverse la mera supletoriedad del Derecho estatal y su aplicación en ausencia de competencia autonómica. El Grupo Mixto plantea que el art. 2 ofrece la posibilidad de huir de la aplicación de la norma autonómica, asociando a personas ajenas a la CCAA en que se desarrolla principalmente la actividad. El Grupo socialista defiende la vigencia de la LGC de 1987 y la disposición final primera de ésta, y critica la enmienda parcial de GP tendente a dejar en manos de la Cooperativa la elección de la Ley aplicable. El Grupo Vasco y el catalán, plantean la discusión de los asuntos en Comisión, aunque advierten que sin consenso con relación al ámbito de aplicación de la Ley no apoyarán el Proyecto.

⁷⁷ Las enmiendas del Congreso dan lugar a una transaccional de nueva redacción del artículo, retirándose aquellas: 92 y 93 de IU, 204 del PNV, 284 del GP, 313 del G. Catalán, y 361 del G. Socialista. Dichas enmiendas intentan incluir la posibilidad de que baste la actuación principal o mayoritaria en una CCAA para que se aplique la norma autonómica y no la estatal, aunque la Cooperativa actúe en más de una CCAA. Las enmiendas 92 y 93 pretenden que el criterio sea la actividad “principal” y no exclusiva en una CCAA –también la 361-, con el límite del 80% de la actividad, para evitar que una delegación nominal en otra comunidad modifique la Ley aplicable. También la 204 se fija en el término “principal”. Absurdamente, la enmienda 284 pretende que las Cooperativas cuya actividad se extienda en más de una CCAA tengan en sus manos el acogerse a la Ley general (sus órganos manifiesten esta voluntad), dejando a los particulares la elección de una u otra. La enmienda 313 se refiere a la aplicación de la Ley general en las CCAA que no han asumido competencias, y a las Cooperativas que desarrollan principalmente su actividad fuera de la CCAA en que tienen su domicilio.

por el Congreso en marzo de 1999 incluya el criterio del desarrollo “principal” cooperativo en una CCAA, aunque la actividad afecte a varias Comunidades, para excluir la aplicación general⁷⁸ -lo que permitió, dada la situación política actual, que el Proyecto de Ley siguiera avanzando-. El texto del artículo segundo no sufrió ninguna modificación en el Senado, por lo que su redacción queda tal cual⁷⁹ la aprobó el Congreso inicialmente. En nuestra opinión esta redacción puede dejar sin aplicación práctica a la Ley estatal en la mayoría de los casos, si las Cooperativas lo estiman⁸⁰, circunstancia derivada de la expansión autonómica que no extrañará al jurista; y, además, olvida la situación de las CCAA que no han desarrollado su competencia exclusiva todavía⁸¹ -que se estima aplicarán la Ley estatal según lo dispuesto en el art. 149.3 de la Constitución-. Se observa que el legislador ha superado la indefinición de la LGC y también la interpretación que el TC hacía de la misma, decisión que podría parecer más política que jurídica. La Ley de 1999 no se ocupa de las normas básicas incluidas por la derogada Ley de 1987 en la disposición final primera, apartado segundo, que había quedado sin contenido por la asunción de la competencia exclusiva por todas las CCAA, a excepción de Ceuta y Melilla. Se mantiene en idénticos términos el necesario respeto a la legislación civil y mercantil.

⁷⁸ “Art. 2. *Ámbito de aplicación. La presente Ley será de aplicación: A) A las Sociedades Cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal. B) A las Sociedades Cooperativas que realicen principalmente su actividad cooperativizada en las ciudades de Ceuta y Melilla.*”

Se elimina la relación de artículos o normas básicas que la LGC actual contempla en su disposición final primera, 2.

⁷⁹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno Sesión núm. 239, nº 247, 17-6-1999, pág. 13133 y ss.

⁸⁰ Como plantea el Grupo socialista en la discusión en Pleno de la aprobación de las enmiendas del Senado. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno Sesión núm. 239, nº 247, 17-6-1999, pág. 13139.

⁸¹ En el Senado, también se presenta una enmienda, la 50, con relación al tema, incluyendo la referencia a las CCAA que no han desarrollado su propia Ley, aunque ésta no es admitida.

1.4. *Derecho comunitario.*

En el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el párrafo 2º del art. 58⁸² -art. 48 del Tratado de Amsterdam- incluye a las Cooperativas dentro de las sociedades, al tratar los sujetos a los que debe aplicarse el derecho de establecimiento, equiparando las sociedades a las personas físicas. Además excluye a las personas jurídicas sin ánimo de lucro, lo que implica que considera que las Cooperativas sí lo tienen y son sociedades. Sin embargo, ello no supone que la CEE las considere mercantiles, al distinguirlas expresamente de éstas.

Por la necesaria sujeción de nuestro ordenamiento a las normas de Derecho Comunitario, y como parte integrante del mismo, debe analizarse éste. El Derecho comunitario derivado intenta incluir alguna referencia, aunque genérica, respecto de las Cooperativas, aunque se trata de Proyectos para las Cooperativas en general, todavía no vigentes.

El intento de regular la materia cooperativa en el ámbito comunitario no responde a la idea de armonización, sino a la creación de una institución cooperativa comunitaria que pueda actuar en toda la comunidad, y a la que puedan acceder las Cooperativas de Estados miembros que cumplan los requisitos exigidos.

Junto al Derecho que emana de las instituciones oficiales de la Comunidad se ha creado extraoficialmente, aunque con reconocimiento por la Comunidad, un organismo

⁸² Es el antiguo artículo 58 del TCEE, actual 48 en la versión consolidada llevada a cabo por la Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de Amsterdam, adjunta al Acta Final del TA, fechado el 6-10-1997, ya vigente. *“Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo”*. Se ha modificado la numeración, pero no el contenido del artículo.

Resume el elenco de referencias comunitarias *“La législation en vigueur dans les pays de la Communauté européenne en matière d’entreprises coopératives dans la perspective du marché commun”*. CECA-CEE-CEEA. Document Commission des Communautés européennes, Bruxelles 1993 (Istituto Italiano di Studi cooperativi “Luigi Luzzatti”, mai 1992).

asociativo cooperativo genérico, el “Comité de coordinación de las Asociaciones de Cooperativas de la Comunidad Europea”, que agrupa diversos sectores según la actividad, entre otros el de vivienda “CECODHAS” o: Comité europeo para la coordinación de las organizaciones de vivienda social.

1.4.1. Normas de Derecho originario

En la Comunidad Europea las Cooperativas fueron reconocidas como sujetos de derecho desde el tratado constitutivo de la misma de 25 de marzo de 1957 (BOE de 1 de enero de 1986), reconocimiento que se mantiene en la actualidad. Así, el párrafo segundo del art. 58⁸³ del TCEE hace referencia expresa a las Cooperativas, entendidas como sociedades, a las que considera aplicables las disposiciones relativas al derecho de establecimiento. Se prevén, como funciones del Consejo y la Comisión, la coordinación de las legislaciones de los Estados miembros en esta materia, en el art. 54.3.g⁸⁴. También se hace referencia al reconocimiento de las sociedades de otros países en cada Estado miembro, en el art. 220⁸⁵. Además de la redacción originaria anterior, que se refiere explícita e independiente a las Cooperativas, la Comunidad, en modificaciones

⁸³ “Art. 58: Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente Capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros. Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, **incluso las sociedades cooperativas**, y las demás personas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo.” Tratado de la Unión Europea, Civitas Madrid 1996. Este fin lucrativo ha sido entendido en sentido amplio de “participación en la vida económica”, como indica el Comité Económico y Social en la resolución de 19-9-1990 (DOCE C332/90 de 31-12), en el apartado 5º relativo a las asociaciones.

⁸⁴ “Art. 54. 3 : El Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que les atribuyen las disposiciones precedentes, en particular: g) coordinando, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a la sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 58, para proteger los intereses de socios y terceros.”

⁸⁵ “Art. 220 : Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales : ... el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 58, el mantenimiento de su personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes”.

introducidas por el Acta Única (ratificada por España por LO 4/1986 de 26 de noviembre) propone la necesidad de adopción de medidas y disposiciones al respecto⁸⁶.

1.4.2. Normas de Derecho derivado

Dentro de la evolución de las organizaciones comunitarias propiamente dichas, y como desarrollo expreso de las medidas del art. 100A citado, se han sucedido, en materia cooperativa, diversos Proyectos de Reglamentos de Estatuto de la Sociedad Europea y de la Sociedad Cooperativa Europea, este último todavía no se ha materializado en una norma concreta. Se observa, en dichos Proyectos, la desvinculación y autonomía de las Cooperativas respecto del resto de Sociedades, en lo que a normas comunitarias⁸⁷ se refiere, pese a que se mantiene la denominación de sociedades.

El Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea no responde a la intención de armonización de las legislaciones estatales prevista en las normas de derecho originario, sino a la creación de una institución europea, la SCE, para fomento de la actividad

⁸⁶ El art. 100A, introducido por el AUE, prevé medidas del Consejo para aproximación de las disposiciones de los Estados en aquellas materias afectadas por la consecución de los objetivos del art. 7A (adopción de medidas progresivas encaminadas a establecer el mercado interior). “Art. 100A : No obstante lo dispuesto en el art. 100 (relativo a adopción por unanimidad por el Consejo, a propuesta de la Comisión, de Directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan sobre el establecimiento o funcionamiento del mercado común. Consulta al Parlamento y al Comité Económico y Social) y salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 7A. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. 2. El apartado 1 no se aplicará a las disposiciones fiscales, a las disposiciones relativas a la libre circulación de personas ni a las relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena. 3. La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado...”

⁸⁷ En nota a pie 62 aludimos al tema. Del examen literal de las Directivas comunitarias sobre sociedades, y del Proyecto de Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, observamos la diversidad de tratamiento de ambas, sociedades y cooperativas. Las Directivas societarias dictadas desde 1968 hasta la actualidad afectan principalmente a las sociedades de capital: en España, SA, SRL y S. Comanditaria por acciones, aunque algunas se refieren exclusivamente a las SA, o a las SRL.

cooperativa a nivel europeo⁸⁸. Se abandonó y descartó la pretensión armonizadora de las normativas nacionales por cuestiones prácticas importantes, como las grandes diferencias entre los ordenamientos europeos⁸⁹. Hay algún autor muy crítico con esta opción⁹⁰. A dicha SCE pueden acudir todas las Cooperativas de Estados miembros, siempre que cumplan los requisitos impuestos por el citado Estatuto.

El inicio del proyecto de Estatuto de Sociedad Cooperativa Europea tiene su origen en algunas resoluciones del Parlamento europeo, de 1983⁹¹ y 1987⁹², en las que se instaba

⁸⁸ Al menos esta es la opinión de algunos autores, manifestada por FAJARDO GARCÍA, G : *"La armonización de la legislación cooperativa en los países de la Comunidad Europea"*, CIRIEC, Rev. Economía pública núm. 17 1994. Pág. 39 y ss. Según MONTOLÍO, se evita la vía armonizadora del art. 235 del TCEE mediante la elaboración de Directivas, para pasar a aplicar el art. 100A con el fin de crear un ente cooperativo europeo: MONTOLÍO, JM : *"Legislación cooperativa en la Comunidad Europea"*, INFES, Madrid 1993. Pág.8.

⁸⁹ DABORMIDA, R: *"El Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea"*, CIRIEC, Rev. Economía pública núm. 13 1993. Pág. 29 y ss. Una vez abandonada la idea armonizadora, el debate se ha orientado hacia la duda sobre si la SCE debe ser de derecho nacional o comunitario. *"Para las Cooperativas parece que el proceso va de nuevo muy lentamente... El Estatuto debe tender a tres fines principales : a) ofrecer a las Cooperativas, y para su actividad trans- o multinacional una alternativa al estatuto de la sociedad de derecho europeo ; b) permitirles realizar en un marco cooperativo todas las operaciones de fusión, participación en el capital, creación y gestión de empresas y actividades comunes ; c) ofrecer un marco normativo de referencia que, respetando los principios cooperativos, elimine algunas particularidades de las legislaciones nacionales."*

Se prevé por tanto una nueva entidad, caracterizada por reglas propias, autónoma respecto a los derechos nacionales, sin pretensiones de armonización de las legislaciones existentes. Dicho instrumento facultativo, tanto en la utilización, también la transnacional, como en sus fines a) no debería regular formas de cooperativa que ya estén reguladas ; b) debería favorecer la ampliación, más allá de las fronteras, de las operaciones de las sociedades que operan exclusivamente a nivel nacional. Debería ser, en definitiva, un estatuto general, aplicable a todos los sectores de actividad cooperativa, excluyendo por tanto cualquier tipo de disposición específica destinada a regular ramos de actividad concreta."

Así se expresan también los propios organismos comunitarios: *"La législation en vigueur dans les pays de la Communauté européenne en matière d'entreprises coopératives dans la perspective du marché commun"*... cit.

⁹⁰ *"Las instancias comunitarias han mostrado, al menos hasta el momento presente del proceso, una incapacidad que parece metafísica tanto para armonizar las legislaciones cooperativas de los diferentes Estados de la inminente Unión Europea, como para dotar al modelo cooperativista de instrumentos peculiares que le otorguen posibilidades reales de competición en pie de igualdad en el nuevo espacio europeo."* SANTIAGO REDONDO, K : *"La nueva regulación italiana en materia de cooperativas."*, Rev. Relaciones Laborales, núm. 7 1993, pág. 72.

⁹¹ El Parlamento adopta la primera de estas resoluciones sobre Cooperativas el 13-4-1983 (DOCE C128/83 de 16-5-1983, pág. 50 y ss.), antes de la entrada de España en la Comunidad. En ella se destaca la importancia económica y social de estas empresas cooperativas en el mercado, resaltando especialmente las agrícolas ; y la importancia en la creación de empleo y mejora de las condiciones de trabajo. El Parlamento pide al Consejo y a la Comisión que, teniendo en cuenta lo anterior, adopten medidas que podrían resumirse en las siguientes: examen del desarrollo cooperativo obrero y artesanal y de las estructuras de éste, fomento de la forma de trabajo cooperativo sin comprometer la libre competencia mediante programas especiales (ayuda material y técnica, créditos, fondos e instrumentos comunitarios) y admisión en las instituciones comunitarias, como interlocutores permanentes, de las uniones europeas de empresas cooperativas a través de las cuales se realizará el programa de ayudas concretas.

a la Comisión a la elaboración de un Código europeo de cooperativas, con el fin de armonizar las legislaciones (no obstante, su raíz se encuentra a principios de los años 70⁹³).

El 28-9-1989⁹⁴ el Comité económico y social emite un Dictamen “sobre la contribución del sector cooperativo al desarrollo regional”. Propone el estudio de un marco jurídico europeo “suplementario y opcional” para las empresas cooperativas. Reitera la idea de un Estatuto especial para las Cooperativas y otras empresas en el Dictamen de 24-11-1989⁹⁵: “sobre el memorándum de la Comisión, mercado interior y cooperación industrial, - Estatuto de la Sociedad Europea -, libro blanco sobre el mercado interior”. En 1990, el Comité económico y social adopta dos Dictámenes⁹⁶

⁹² El 9-7-1987 (DOCE C246/1987 de 14-9-1987, pág. 94 y ss.) continuando con la anterior de 1983, el Parlamento adopta una resolución “sobre la contribución de las Cooperativas al desarrollo regional”. Dicha resolución se transmite al Consejo, la Comisión y a los Parlamentos de los Estados miembros. En ella se destaca nuevamente la influencia de la empresa cooperativa sobre el empleo y el desarrollo económico. Se deja constancia de la diversidad de tareas según las actividades, lo que da origen a distintos tipos de cooperativas (apartado 9), y tampoco se olvidan las diferencias entre los estados miembros al respecto. Se pide el fomento y ayuda para su creación, federación, servicios, formación de sus miembros y responsables, asesoramiento, subsidios, acceso a los créditos de financiación de la comunidad... asimismo se proponen contactos con las confederaciones de Cooperativas, junto con el fomento de la federación de éstas. Finalmente, el Parlamento solicita la elaboración de un Código europeo de Cooperativas.

⁹³ ALONSO SOTO, F.: “Estatuto de la sociedad cooperativa europea”. Rev. Crédito cooperativo núm. 44/1990, pág. 7 y ss. Este autor hace referencia al borrador o proyecto de Estatuto de la sociedad cooperativa europea, redactado por EUROCOOP, COGECA y UGAL (asociaciones representativas de las Cooperativas de consumo, agrarias y de alimentación) que fue revisado en los años 1974 y 1975, sin llegar a prosperar (aunque según algunos autores, como Divar, era un documento interesante para el estudio científico).

⁹⁴ DOCE C298/1989 de 27-11-1989, pág. 59 y ss. Se ocupa, principalmente, de resaltar la importancia de las Cooperativas en la construcción del Mercado Interior Europeo, especialmente por lo que se refiere a la eliminación de desequilibrios regionales y a la creación de puestos de trabajo. Destaca el Comité las características y principios rectores de las Cooperativas, y los sectores en los que su actuación tiene más relevancia, entre los que no se cita el de viviendas.

⁹⁵ DOCE 23/1989 de 30-1-1989, pág. 36 y ss (Introducción, apartado 2.5).

⁹⁶ En el de 28-3-1990 (DOCE C124/1990 de 21-5-1990, pág. 34 y ss), emitido con relación a la Propuesta de Estatuto de la Sociedad Europea, el Comité deja patente la necesidad de que se adopte un estatuto específico para otras formas especiales de sociedad: cooperativas, mutualidades y otras.

En el Dictamen de 19-9-1990 (DOCE C 332 DE 31-12-1990, pág. 81 y ss.), aconseja el establecimiento de Estatutos jurídicos distintos para las cooperativas y otras entidades (mutualidades, asociaciones) por la imposibilidad de aplicarles el Estatuto de la Sociedad Europea: Estatuto que sería opcional y subsidiario, y que comprendería no solo un marco jurídico sino también económico o de financiación, y social para la educación y formación de sus miembros. No se hace referencia a la armonización de los derechos nacionales.

El Parlamento europeo, a la vista de la citada propuesta y del informe del Comité de Coordinación de las Asociaciones de Cooperativas de la Comunidad Europea (CCACC: documento final de 12-10-1990,

que afectan directamente a la propuesta de Reglamento sobre el estatuto de la Sociedad cooperativa europea.

Resultado de los trabajos citados es la propuesta de Reglamento del Consejo sobre el Estatuto de la sociedad cooperativa europea, presentada por la Comisión el 6-3-1992⁹⁷, junto con la propuesta de Directiva del Consejo que completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que se refiere al cometido de los trabajadores, de 6-3-1992⁹⁸.

Se establece, entre otras cuestiones, que el recurso a este Estatuto de la SCE es facultativo. La finalidad es crear la calificación de “sociedad cooperativa europea”⁹⁹, con personalidad jurídica y facultades para actuar en los países nacionales de los Estados miembros, que pueda beneficiarse de la libertad y del derecho de establecimiento sin perder su especificidad. A dicha calificación podrán optar todas

documento de trabajo), dicta una resolución, de 24-1-1991 (DOCE C48/1991 de 24-1-1991, pág. 48 y ss y 113 y ss), en la que pide al Consejo que admita las modificaciones propuestas por él, en lo referente al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea. En esta resolución, entre otras consideraciones, insta a la Comisión para que elabore varias propuestas de Reglamento de Sociedad Cooperativa Europea y para que tenga en cuenta el riesgo que supone el recurso a la legislación del derecho de sociedades, con la consiguiente posibilidad de pérdida de su carácter específico: pág. 114: “3. *Considera asimismo que el recurso a la legislación actualmente en vigor en materia de derecho de sociedades es un riesgo que puede hacerles perder su carácter específico, el cual consiste esencialmente en un conjunto de principios fundamentales, como la libre asociación de personas resueltas a dar prioridad a un objetivo común, la estructura de gestión democrática basada en la noción de la participación máxima y en el principio de “una persona, un voto”, así como el principio de la solidaridad*”.

⁹⁷ DOCE C99/1992 21-4-1992, pág. 17 y ss.

El Comité y el Parlamento se manifiestan al respecto. El Comité económico y social consultado por el Consejo con relación a las propuestas mencionadas de Reglamento y Directiva relativas a la SCE, emite un Dictamen el 26-5-1992 (DOCE C223/14 31-8-1992, pág. 42 y ss.) En éste, aprueba ambas propuestas, matizando algunos aspectos como la necesaria admisión de personas físicas en la formación de la SCE, y el intento de evitar que el Estatuto acoja a cooperativas europeas ficticias. El Parlamento europeo en sesión del 20-1-1993 (DOCE 42/93 15-2-1993, pág. 96 y ss.) aprueba las Propuestas de Reglamento del Consejo y Directiva sobre las Cooperativas de 6-3-1992, con algunas modificaciones. Se admite la constitución de SCE tanto por personas jurídicas como por personas físicas (un mínimo de cinco). El Parlamento pide a la Comisión que modifique la propuesta, en consonancia con lo que él ha solicitado, y al Consejo que incluya las modificaciones.

⁹⁸ DOCE C99/1992 21-4-1992, pág. 37 y ss.

⁹⁹ Las Sociedades Cooperativas Europeas (SCE), “no son instituciones de Derecho nacional sino europeas, esto es, de Derecho comunitario. No se tratará en esta ocasión, por tanto de armonizar regímenes nacionales dispares de acuerdo con las previsiones de aproximación de legislaciones a efectos de conseguir los objetivos del Tratado, sino de algo tan distinto como regular desde la Comunidad unas instituciones “ex novo”; MONTOLÍO, JM: “Legislación cooperativa en la Comunidad Europea”... cit, pág.1. Quedarian al margen de

aquellas cooperativas que cumplan los requisitos que el Reglamento propone. En el anexo se hace referencia a las personas jurídicas que son consideradas Cooperativas. En nuestro caso, éstas son las reguladas por la Ley de Cooperativas de 1999 –aunque en los momentos a los que nos referimos estaba vigente la LGC-, así como las reguladas por las Leyes de Cooperativas de las CCAA.

La Comisión, el 6-7-1993¹⁰⁰, aprueba la Propuesta modificada del Reglamento del Consejo por el que se establece el Estatuto de la SCE y la Directiva que completa éste en materia de trabajadores. Éste es el último documento existente en la elaboración del Reglamento de la SCE. Desde 1993 hasta nuestros días la evolución de la materia permanece en suspenso. En dicha Propuesta modificada se mantienen, en líneas generales, las ideas y el esquema de la Propuesta presentada por la Comisión en 1992, planteándose modificaciones puntuales de algunos aspectos concretos.

Además de dichas medidas legislativas, se ha creado un organismo cooperativo específico, a nivel comunitario, el Comité de Coordinación de las Asociaciones de Cooperativas de la Comunidad Europea (CCACC), no integrado en la organización comunitaria pero reconocido oficialmente por el Parlamento Europeo, por la Comisión y por el Comité Económico y social. Dentro de este Comité se reúnen nueve organizaciones cooperativas europeas de diversos sectores, entre otros, vivienda (CECODHAS). El CCACC ha colaborado para intentar lograr el Estatuto de la Cooperativa Europea y obtener de la Comisión la creación de un órgano consultivo para las Cooperativas.

esta SCE las Cooperativas nacionales que no cumplan los requisitos exigidos, que siguen rigiéndose por la normativa de su Estado.

¹⁰⁰ COM 93 - 252 SYN 388 Y 389, pág. 39 y ss.

De la interpretación literal de la normativa vigente en materia de Cooperativas y su elaboración puede extraerse la mayoritaria visión del legislador estatal, autonómico y comunitario hacia la consideración de las Cooperativas como sociedades, distintas de las civiles y mercantiles, con su propia regulación. En algún caso, autonómico, se observa alguna referencia al carácter esencialmente asociativo de las Cooperativas. Este es un dato más que deberá corroborarse con otros elementos de interpretación de dichas normas, histórico, sistemático y sociológico, tarea a la que dedicamos los siguientes apartados.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN, SOCIEDADES Y COOPERATIVAS: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS.

2.1. SIGLO XIX. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS.

Durante el siglo XIX las Cooperativas no son objeto de regulación específica en nuestro país, principalmente por ser una figura relativamente moderna¹⁰¹. Inicialmente las Cooperativas son citadas en las normas relativas a otras personas jurídicas, como la Ley de asociaciones de 1887.

¹⁰¹ PRIETO GUTIÉRREZ, G. en PENDÁS DÍAZ, B; GARCÍA ESCUDERO, P; ALONSO SOTO, F; PRIETO GUTIÉRREZ, G. "Manual de Derecho Cooperativo". Praxis, Madrid 1987, pág. 3 y ss. Con relación a los antecedentes e historia del fenómeno cooperativo, el origen de éste se encuentra en el siglo XIX, vinculado con el desarrollo del capitalismo y la revolución industrial, frente a los cuales surge. El punto de partida del movimiento cooperativo tiene lugar en 1844 en Rochdale, Inglaterra, donde surge la primera cooperativa de consumo, y ello aunque desde el terreno teórico ya comenzaba a vislumbrarse dicho movimiento, e incluso en la práctica en casi todas las épocas históricas han existido manifestaciones de cooperación. Se refiere a él como "*movimiento espontáneo de carácter social, de una reacción de las capas menos favorecidas de la población*". LLOBREGAT HURTADO, M^a L. "*Mutualidad y empresas cooperativas*". Bosch, Barcelona 1990, pág. 1 y ss. También estudia la evolución del movimiento cooperativo LLUIS Y NAVAS, J: "*Derecho de Cooperativas*"... *cit*, pág. 185 y ss, que se refiere además a la evolución en nuestro país, más lenta que en el resto de Europa, sobre la base de la recepción tardía y "algo descafeinada" de la revolución industrial, y la unión del cooperativismo a ideales sociales y políticos.

A diferencia de la realidad actual, la tónica general de dichas normas es la consideración de las cooperativas como asociaciones y no como sociedades, exceptuando el Decreto de bases del Código de comercio (que pretende incluirlas en el futuro Código). En ningún caso se plantea que se trate de una sociedad, ni tampoco si pertenece al ámbito civil o mercantil, o si es independiente. El legislador tiene presente que se trata de una entidad sin ánimo de lucro, como afirma la Orden de 1870, y la Exposición de motivos del Código de comercio de 1885. Sin embargo, con relación a estas cuestiones, debemos recordar que el nacimiento de la figura cooperativa se produce en unas condiciones completamente distintas a su desarrollo actual.

El **Código de comercio de 30-5-1829**¹⁰² no se refiere a las Cooperativas, cuyo origen es posterior. El **Decreto de 20-9-1869**¹⁰³, que establece las bases para la redacción de un proyecto de Código de comercio, plantea que el futuro Código debía ocuparse de las sociedades cooperativas, *“cuyo carácter distintivo más reside en su organismo interno que en sus funciones exteriores”*, aunque éste en 1885 adoptó la posición contraria excluyéndolas de su regulación. La **Ley de 19-10-1869**¹⁰⁴ de libertad de

¹⁰² Promulgado durante la década absolutista del reinado de Fernando VII (1823 a 1833), no fue objeto de discusión en Cortes, por la inexistencia de éstas. Por razones políticas obvias su interés jurídico es relativo, especialmente porque no alude a las Cooperativas. Se estudian las compañías mercantiles, en concreto la colectiva, la comanditaria y la anónima, sin hacer referencia a ninguna otra en el título II, sección 1ª. El artículo 264, en el que se recoge el concepto de compañía, expresa claramente el objeto de “hacer algún lucro”, lo que no ocurre en las cooperativas.

¹⁰³ Decreto aprobado durante la etapa de gobierno provisional previa a la constitución de la primera república. No fue objeto de tramitación parlamentaria. La base quinta, al referirse a los contratos de comercio, sus formas y efectos, afirma su aplicación a las Compañías mercantiles conocidas, entre las que cita a las cooperativas y también a las no conocidas en esos momentos: *“En lo que se refiere a los contratos de comercio en general, a sus formas y efectos habrán de ampliarse las de las Compañías mercantiles, no sólo a las ya conocidas y en práctica en Europa y que no se hallan en el Código, como Bancos de emisión y descuento, Bancos de crédito territorial y agrícola, Sociedades con responsabilidad más o menos limitada, cooperativa, mixtas de socios contribuyentes por acto benéfico sin retribución y socios partícipes de resultados y beneficios, etc..., sino que se establecerán en lo posible reglas generales que puedan comprender todas las demás no conocidas hoy.”* (Aleubilla) Probablemente, las razones de esta diversidad de opiniones en un corto período de tiempo, entre el Decreto de bases y el Código, deban buscarse en la inestabilidad política de la época y en la diversidad de regímenes de ambas normas, y no en la lógica jurídica.

¹⁰⁴ La Ley declara la libre creación de bancos, sociedades y *“demás asociaciones que tengan por objeto cualquier empresa industrial o de comercio”*. El artículo 2º mantiene la libertad de constitución para las sociedades y asociaciones, que en el caso de las sociedades mercantiles se someten a las reglas de constitución de esta Ley.

Bancos y Sociedades se ocupa de la libertad de creación de bancos, sociedades mercantiles o no, y Cooperativas; distingue a las Cooperativas, como asociaciones que formalmente pueden adoptar criterios similares a las sociedades en función de lo que los asociados pretendan. La **Orden de 26-6-1870**¹⁰⁵ mantiene la importancia de las sociedades cooperativas y la inserción gratis en los periódicos oficiales de la escritura y estatutos sociales, y es interesante por los principios que admite, no por su rango o especiales consecuencias sobre las Cooperativas. Se manifiesta en favor de las sociedades cooperativas como una de las formas más útiles del principio de asociación, ajenas a toda idea de lucro. El **Real Decreto de 21-12-1884**¹⁰⁶ aprobando el reglamento interino para la organización y el régimen del Registro Mercantil, que entró en vigor el 21-12-1885, no incluye a las Cooperativas entre las entidades que deben inscribirse en él obligatoriamente, al remitirse al Código de comercio. Como se deduce

También, en este mismo artículo, se hace referencia expresa a las cooperativas que acogen la libertad en su creación, y también la libertad en la forma en que dicha constitución puede plasmarse: "... *Las Sociedades que legalmente no tengan el carácter de mercantiles y las cooperativas, en las que ni el capital ni el número de socios es determinado y constante, podrán adoptar la forma que los asociados crean conveniente establecer en la escritura fundamental*" (Alcubilla). Un mes después de la redacción de las bases para el C de c se modifica el criterio, al diferenciar a las cooperativas del resto de sociedades mercantiles. La Ley parte del estudio y la consideración de dos situaciones distintas, la libertad de creación de bancos... y asociaciones (entre estas últimas, las cooperativas), y la forma en la constitución (libre para las cooperativas). El artículo 11 unifica el régimen de reclamaciones y cuestiones de responsabilidad que se produzcan en estas sociedades y asociaciones, y las somete a los Tribunales ordinarios. El contenido liberal de esta norma también responde a la situación política de la época posterior a la revolución de 1868.

¹⁰⁵ Se reitera la opinión ya avanzada en la Ley de octubre de 1869 al mantener a las cooperativas como expresión del derecho de asociación en general, y excluir en ellas toda idea de lucro: "*Una de las formas más útiles del principio de asociación es el de las sociedades cooperativas. La influencia moral que ejercen en los Estados fomentando el trabajo, favoreciendo el ahorro, despertando la previsión y aliviando las desgracias en las clases obreras, las hace acreedoras a todas las solicitudes del Gobierno. En las naciones más cultas de Europa y América se atiende con tan especial esmero al desarrollo de esta clase de sociedades, que se les está concediendo franquicias y exenciones. Coartado en España, antes de la revolución de septiembre, el derecho de asociación, no era posible que se desarrollase el benéfico espíritu de este principio, ni que se formasen aquellos loables institutos; pero hoy, que tal derecho está reconocido en la Constitución del Estado para todos los fines no reprobados por la moral o las leyes, es de creer y así empieza a observarse, que la iniciativa individual se apresure a fundar aquellas compañías, cumpliendo al Gobierno en este caso evitar toda traba a tan fecundo movimiento. Teniendo esto en cuenta, considerando además que no es justo se exija estipendio alguno por la publicación en los Diarios Oficiales de los documentos a que se refiere el artículo 3 de la Ley 19-10-1969 tratándose de sociedades ajenas a toda idea de lucro, mucho menos cuando tal publicación tiene por objeto el que los particulares adquirieran fácilmente exacto convencimiento del objeto, carácter, recursos y demás condiciones de la asociación*" (Alcubilla).

de todo lo anterior, a excepción del Decreto de bases de septiembre de 1869, el legislador de la época no considera que las cooperativas sean sociedades, ni mucho menos mercantiles, y tampoco les aplica el régimen de éstas. La Exposición de motivos del **Código de comercio de 1885** hace referencia a las Cooperativas, a las que no considera mercantiles, especialmente por la ausencia de ánimo de lucro¹⁰⁷. Dicha tendencia, que continúa en el art. 124¹⁰⁸ del Código, ofrece un argumento básico en favor de la no consideración de mercantiles, al ser excluidas las Cooperativas por su finalidad y por la ausencia de lucro en ellas, salvo aquellos casos en los que, por sus estatutos o por los actos que realicen, se las considere merecedoras de la condición de mercantiles. Como vemos, el Código no incluye a las Cooperativas en el ámbito mercantil, pero duda respecto de su calificación como asociaciones o sociedades. En general, al legislador de esta época le bastaría con aplicar la legislación general sobre sociedades, en este caso la de la sociedad civil como afirma también la doctrina

¹⁰⁶ Artículo 21: “Es obligatoria la inscripción para las Sociedades existentes, que acuerden regirse por el nuevo Código de Comercio; para las que se constituyan con arreglo al mismo”.

¹⁰⁷ La Exposición de motivos, publicada el 18 de marzo de 1882 (Diario de sesiones de 20-3-1882, pág. 2265, apéndice trigésimoctavo), es un texto de valor doctrinal e interpretativo respecto al articulado del vigente Código de comercio, especialmente porque no se incluyó en éste. El texto articulado del Código de comercio fue publicado como Ley el 8 de julio de 1885. Ambos proceden de 1882, pero, así como la exposición de motivos referida no volvió a discutirse, ni a publicarse en Cortes, el texto articulado sufrió una evolución distinta. Fue sucesivamente presentado como proyecto en las legislaturas (periodos de sesiones) de 1881 a 1885, siendo en este último año en el que se aprobó como Ley. El artículo 124, único del Código que se refiere a las Cooperativas, no sufrió ninguna modificación en las comisiones nombradas al efecto durante los años consultados (1881 a 1885), para el estudio y discusión del Proyecto.

“Exposición de motivos: ...comprende el Proyecto adjunto todas las Sociedades que, bien por su naturaleza, bien por la índole de las operaciones, se consideran como mercantiles; no habiendo atribuido este carácter a las asociaciones mutuas..., ni a las Cooperativas, porque obedecen, ante todo, a la tendencia manifestada en las poblaciones fabriles de nuestro país, y principalmente en las de Alemania, Inglaterra y Francia, de asociarse los obreros con el único objeto de mejorar la condición de cada uno, facilitándoles los medios de trabajar, de dar salida a sus productos o de obtener con baratura los artículos necesarios para su subsistencia. Y como no es el afán de lucro el que impulsa lo que se ha dado en llamar movimiento cooperativo, no pueden reputarse como mercantiles estas Sociedades, mientras no resulte claramente de sus estatutos o del ejercicio habitual de algunos actos de comercio que merecen aquella denominación. Por eso no se ha ocupado el Proyecto del ordenamiento de estas manifestaciones de la asociación, considerando que en todo caso quedarán amparadas por la legislación general sobre Sociedades, la cual no puede ser más amplia, pues dentro de ella caben y son posibles cuantas formas exija el progreso comercial de los tiempos modernos.”

¹⁰⁸ “Art. 124. Sólo se considerarán mercantiles, y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código, cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se convirtieren en Sociedades a prima fija”.

cooperativista¹⁰⁹. La **Ley de Asociaciones de 30-6-1887**, la primera que regula el derecho de asociación en nuestro ordenamiento jurídico, se aplica a las Cooperativas y manifiesta la tendencia y evolución de la legislación del siglo XIX hacia su consideración como asociaciones¹¹⁰ y no como sociedades, y la ausencia de ánimo de lucro en ellas. En la elaboración¹¹¹ del **Código Civil**, así como en su redacción

¹⁰⁹ VICENT CHULIÁ, F: *"Las empresas mutualísticas y el Derecho Mercantil en el ordenamiento español"*. Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario 1976, núm. 512 pág. 87.

¹¹⁰ El proyecto de Ley de Asociaciones presentado en julio de 1886 no hacía referencia a ningún supuesto o tipo de asociación, contemplándose el derecho de asociación en general. No se trataba el ámbito de la futura Ley en sentido positivo, ocupándose sólo de excluir a las sociedades mercantiles del título 1º, libro 2º del C de c. La discusión en Cortes del texto aprobado por la Comisión de Trabajo (Diarios de sesiones), especialmente los artículos 1º y 2º, se centró en el derecho de asociación de los españoles y la posible inclusión de los extranjeros. También fueron temas relevantes la necesidad o no de autorizaciones previas al derecho de asociación y, en general, la relación entre los dos extremos de libertad y control entre los cuales debía centrarse este derecho. En la discusión de los artículos 13 a 18 (sesión de 15-3-1887, pág. 1185 y ss) se hace referencia expresa a las Cooperativas y su naturaleza social: Sr. Pedregal: *"... sociedades cooperativas de Alemania... sociedades cooperativas, sociedades de construcción de casas para obreros... son expresión del movimiento espontáneo de la masa de la sociedad; son expresión de las necesidades que laten que tienen su satisfacción en la constitución de esos organismos, mediante los cuales se consiguen grandes recursos que mejoran considerablemente el estado de los pueblos- citándose también el caso de Rochdale"*. La impresión que puede extraerse de las discusiones de la Comisión es que no planteó problemas la introducción de las Cooperativas en el ámbito de la Ley, aunque no se citaran inicialmente en el texto propuesto por el Congreso. En el Senado se modifica el Proyecto y se amplía el ámbito de la Ley, en el artículo 1º, a: *"cualesquiera asociaciones para fines religiosos, políticos, científicos, artísticos, benéficos y de recreo, o cualesquiera otros lícitos"*. En el artículo 3º se tratan las excepciones, dentro de las cuales no sólo se hace referencia a las sociedades mercantiles, sino también a las civiles. El texto resultante de la Comisión mixta utiliza los artículos 1º y 2º para aclarar el ámbito de aplicación de esta Ley de Asociaciones, dentro del cual se encuentran, citadas de forma literal, las Cooperativas de producción, crédito o consumo: *"Artículo 1. El derecho de asociación que reconoce el artículo 13 de la constitución podrá ejercitarse libremente, conforme a lo que preceptúa esta ley. En consecuencia, quedan sometidas a las disposiciones de la misma las asociaciones para fines religiosos, políticos, científicos, artísticos, benéficos y de recreo o cualesquiera otros lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia. Se regirán también por esta ley los gremios, las sociedades de socorros mutuos, de previsión, de patronato y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo"*. En esta clasificación de las Cooperativas se incluyen todas, al margen del objeto o actividad a la que se dediquen, puesto que ambas clasificaciones responden a criterios distintos.

¹¹¹ Después del estudio de los distintos proyectos que precedieron al CC, podemos decir que las preocupaciones esenciales no coincidían en absoluto con la materia que nosotros analizamos. Así el de 1821 no hace referencia a las personas jurídicas. El de 1836 sí las tiene en cuenta. Así, en los trabajos de Cambronero para la elaboración del proyecto, se refieren en el artículo 11 a las personas morales cuyo destino es el interés general, y se rigen por los estatutos y por las leyes. El título 14 del Proyecto de 1836 se ocupa de las personas morales. Quedan fuera las asociaciones de interés particular y no se trata el tema del lucro. En el Proyecto de 1851 la preocupación se centraba en que las manos muertas no adquieran inmuebles. El Proyecto de Ley de bases de 22-10-1881 dedica el artículo 33 a las personas jurídicas, sustituyendo la denominación de personas morales por jurídicas. El Proyecto de Ley de bases de 7-1-1885 plantea la duda respecto a la posibilidad de incluir una regulación de las personas jurídicas de forma completa o simplemente proceder a reconocerlas. Es interesante la enmienda de Comas al proyecto (sesión 11-3-1885, pág. 1650, nº 83 y *"Proyecto de Código Civil. Enmienda presentada al Senado por Augusto Comas"*. Ricardo Fé, Madrid 1885, pág. 154 y ss) en la que ofrece una regulación exhaustiva de la persona jurídica junto con la persona física y paralela a ésta. Insiste, este parlamentario, a lo largo de los debates, en la conveniencia de regular de forma completa la persona jurídica. La Ley de bases de 11-5-1888 hace referencia a las personas jurídicas en general, en la base 2ª del artículo 8º, sometiendo a los preceptos constitucionales y legales vigentes.

definitiva, no se hace referencia a la materia cooperativa, dedicándose tan sólo cinco artículos -35 a 39- a las personas jurídicas en general. La materia cooperativa no se contempló en absoluto en la elaboración del CC, lo que es lógico teniendo en cuenta que la cuestión relativa a las personas jurídicas no tuvo gran desarrollo puesto que ya existía una Ley de asociaciones¹¹² aplicable a las mismas. Desde 1887 hasta la entrada en vigor de la primera Ley específica de Cooperativas, existe alguna regulación sobre Cooperativas, fragmentaria, en algunos sectores como el agrario¹¹³, pósitos... que no van a analizarse por su escaso interés para nuestra tesis, centrada en las Cooperativas de viviendas. Las normas sobre casas baratas, que afectan a este tipo de Cooperativa, se verán en el capítulo segundo.

En base a este estudio histórico de la legislación y doctrina del s. XIX, DE SALAS MURILLO plantea la idea inicial de generalización del término asociación, incluyendo sociedades y corporaciones, que dio paso a la distinción de las corporaciones, y de las sociedades: DE SALAS MURILLO, S: *“Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho Español”*. Centro de Estudios Registrales, Madrid 1999, pág. 70 y ss.

¹¹² Con relación a la Ley de Asociaciones y al propio Código Civil, también Comas plantea algún tema importante en su *“Revisión del Código Civil español”*, tomo I. Madrid, Asilo de huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús 1895, pág. 341 y ss. Cuestiona el concepto y denominación de las personas jurídicas y, además plantea, en la pág. 344 y ss, en relación con la distinción entre personas jurídicas de interés particular – asociaciones o entidades constituidas con arreglo a las disposiciones del contrato de sociedad civil o mercantil - y las de interés público –corporaciones, asociaciones y fundaciones, que las asociaciones reguladas en la Ley de asociaciones de 1887 no corresponden a ninguno de ellos, ni son de interés particular, civiles mercantiles o industriales, ni tampoco de interés público, “Ni aquella ley atribuye dicho carácter de interés público a las asociaciones... ni podría, sin embargo prescindirse de considerar como tales a la que conforme a dicha ley tengan reconocida su existencia, no entrando, como no entran, en los moldes de las designadas por el Código como de interés particular.” Es más, propone, en la pág. 347 y ss, que, puesto que la forma de su propiedad es colectiva, no son entidades con un fin distinto de sus partícipes, sino una entidad que descansa en la personalidad y fines particulares de los que la componen, especialmente porque la Ley de 1887 no califica la asociación, ni se refiere a su personalidad y propiedad independiente. La propiedad colectiva, afirma, es una forma de propiedad, no de persona, que en nuestro ordenamiento responde a la comunidad de bienes regulada en el Código Civil. En tal sentido, que puede aportar alguna luz respecto a las Cooperativas, éstas se encuentran incorporadas a la Ley de Asociaciones, y responden a la idea de propiedad colectiva, aunque ostenten personalidad jurídica concedida por la Ley.

¹¹³ En este siglo se produce la primera regulación cooperativa referida al ámbito agrícola, la Ley de Sindicatos Agrícolas de 1906. PRIETO GUTIERREZ, G en PÉNDAS DÍAZ, B, GARCÍA ESCUDERO, P, ALONSO SOTO, F. PRIETO GUTIERREZ, G: *“Manual de Derecho Cooperativo”*... cit. pág. 12.

2.2. SIGLO XX.

2.2.1. Hasta 1931.

La evolución verdaderamente importante de las normas cooperativas tiene lugar en este siglo, en que se materializa su regulación independiente. Durante el primer tercio¹¹⁴ sigue en vigor la Ley de Asociaciones de 1887, aplicable a las Cooperativas.

2.2.2. De 1931 a 1978: normas cooperativas anteriores a la Constitución de 1978.

Hacia 1931 se produce una primera toma de conciencia de la importancia e independencia de las Cooperativas. Así, desde 1931 hasta nuestros días existe una sucesión de Leyes de Cooperativas y Reglamentos de desarrollo, cuyo contenido es importante analizar. Nos vamos a centrar en la legislación estatal o común, no en la autonómica, casi inexistente salvo durante la segunda república, aunque nos hemos referido a ella al tratar la situación actual. En el análisis de estas normas nos hemos enfrentado a un problema de difícil solución: el desconocimiento de las circunstancias históricas en las cuales se dictaron muchas de las normas.

¹¹⁴ En este período pueden citarse, por afectar a las Cooperativas las siguientes normas. La Real Orden de 18-11-1903 sobre las facultades de las sociedades cooperativas: hace referencia exclusivamente a las facultades de actuación de las cooperativas limitadas a los fines determinados en los Estatutos y a relaciones sólo con sus socios: *"Las sociedades cooperativas de producción, crédito o consumo autorizadas por el artículo 1º de la Ley de 30-6-1887, no pueden extralimitarse de los fines consignados en sus Estatutos, ni suministrar sus productos más que a sus asociados cuando hayan obtenido sus títulos de tales en la forma que para ello prevengan los reglamentos sociales registrados en el Gobierno civil, en vista de lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley de Asociaciones citada"*. El Real Decreto de 20-9-1919, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, contempla la inscripción de las cooperativas en el Registro Mercantil, aunque sólo cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad, aunque en este caso (dedicación exclusiva a actos ajenos) más bien parece una empresa mercantil, con ánimo de lucro, aprovechándose de la figura cooperativa para fines distintos de ésta: Artículo 109: *"Las Compañías mutuas de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para auxilios de la vejez y de cualquier otra clase, y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo comprendidas en el artículo 124 del C de c, sólo se inscribirán en el Registro Mercantil cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad, o se conviertan en sociedades a prima fija"*.

La primera Ley de Cooperativas, de **4 de julio de 1931**¹¹⁵, se mantiene cercana a la consideración de las Cooperativas como asociaciones, aunque en ocasiones emplee el término sociedad. En la Exposición de motivos se reflejan los fines de la Ley, el fomento de la figura, las especialidades tributarias, el régimen jurídico propio..., y se califican de “*asociaciones cooperativas*”. En el preámbulo o Exposición de motivos¹¹⁶ de la Ley se plantean claramente dos cuestiones que aún hoy siguen vivas, el fomento de la cooperación por el Estado, y la causa de la Ley: la necesidad de un régimen específico de las Asociaciones cooperativas. El art. 1º¹¹⁷ de la Ley, al definir la figura, reitera esta idea, aunque no de forma exclusiva, y llama a la cooperativa sociedad, para calificarla con el nombre genérico de asociación. La eliminación del lucro, también prevista en la Ley, excluye a las cooperativas del ámbito societario. Se habla en esta

¹¹⁵ La primera Ley de Cooperativas estatal se dictó en forma de Decreto el 4-7-1931, y fue declarada Ley por la de 9-9-1931, que no modifica su contenido. La discusión y estudio de dicha Ley no se produjo en las Cortes, que se limitaron a declararla como tal en la sesión de 3-9-1931 (Diario de sesiones nº 31). Proclamada durante la segunda república, dos meses antes de la entrada en vigor de la Constitución de diciembre de 1931, responde a un intento de tutelar una de las manifestaciones del derecho de asociación: el cooperativo. Por ello se ocupa más de avanzar un régimen independiente, en el que se reconozca y desarrolle el derecho de asociación de las Cooperativas, que del propio régimen interno y de actuación frente a terceros de éste.

[El único texto legal de esta época, relativo a Cooperativas, y que fue objeto de discusión en Cortes es el Proyecto de Ley de 31-5-1932, de régimen tributario y protección oficial de las Sociedades Cooperativas sometidas a la Ley de 9-9-1931. Inicialmente se tratan las exenciones de las Cooperativas en general, para después establecer exenciones diversas según la clase de Cooperativa (en el caso de viviendas serán las fijadas en su legislación especial). Todo lo anterior indica que el inicio de la regulación de la materia cooperativa tuvo en cuenta dos circunstancias: su tratamiento indudable como asociaciones y las diferencias entre ellas según la clase de Cooperativa, que determinaban un trato fiscal favorable.

¹¹⁶ “España necesita una cooperación amplia, eficaz... El progreso de la cooperación ha de ser fundamentalmente obra de los cooperadores mismos; pero al Estado toca fomentar y, sobre todo encauzar: difundiendo el conocimiento de los hechos, los principios y la técnica de la cooperación. Habrá de darse a las cooperativas geminas el justo trato tributario, según el grado de su utilidad social. Habrá de llegarse al auxilio directo, cuando esté justificado. Y como base para todo ello es inaplazable dotar a las cooperativas de un régimen jurídico propio... no es posible ya desoir los clamores que a diario llegan al Gobierno, cada vez más vivos, pidiendo la inmediata publicación de unas normas para el régimen de las Asociaciones cooperativas”.

¹¹⁷ “Art. 1. Para todos los efectos legales se entenderá por Sociedad Cooperativa la Asociación de personas naturales o jurídicas que, sujetándose en su organización y en su funcionamiento a las prescripciones del presente Decreto y tendiendo a eliminar el lucro, tenga por objeto satisfacer alguna necesidad común procurando el mejoramiento social y económico de los asociados mediante la acción conjunta de éstos en una obra colectiva.” En el resto de la Ley nos encontramos con alusiones a ambos términos, sociedad y asociación, por lo que su utilización genérica no aporta nada. Además, se excluye taxativamente el ánimo de lucro, en el artículo 45, sometándose la descalificación temporal o definitiva de la cooperativa a “realizar o servir cualquier combinación lucrativa”.

época de un concepto de lucro estricto, obtención y reparto de ganancias, y de sociedad en sentido estricto, como asociación privada de interés particular afectada esencialmente por el ánimo de lucro. El planteamiento de la Ley de 1931 no es extraño si tenemos en cuenta que dicha ley evoluciona a partir de la Ley de Asociaciones de 1887, y como tales considera a las Cooperativas.

El Reglamento de desarrollo de la Ley, de **2 de octubre de 1931**, mantiene el mismo espíritu que aquella respecto a la denominación de sociedad y asociación.

En 1938 se dicta la Ley de **27 de octubre de 1938**, que también se promulgó sin intervención de las Cortes (Diputación permanente). La Ley de 1938 adapta la legislación cooperativa al nuevo Estado y así lo manifiesta su Exposición de motivos. Se mantiene el concepto de cooperativa¹¹⁸ de la Ley de 1931, y siguen en vigor esta Ley y su Reglamento del mismo año, en lo que no se opongan a la nueva, aunque se adaptan a los principios del nuevo régimen autoritario¹¹⁹.

En **1942**, con la **Ley de 2 de enero**, el legislador opta de nuevo por eliminar el espíritu mercantil¹²⁰, de capital, y el fin de lucro, e introduce novedosamente en el concepto de

¹¹⁸ “Las disposiciones vigentes mantienen principios, tanto en lo que afecta a la definición y naturaleza de las cooperativas como a las normas por que se rigen, que no están en armonía con la orientación del nuevo Estado. Es necesario inspirar el movimiento cooperativo español en principios de permanencia en la obra y autoridad en la función, lo que exige la existencia de órganos rectores autoritarios, competentes y responsables de su gestión”. La sucesión de normas cooperativas que se produce desde este momento hasta la llegada de la democracia, se ocupa más del control administrativo de las Cooperativas que de regular su actuación. Dicho control está basado, por supuesto, en su naturaleza asociativa, porque de lo contrario sería probablemente otro tipo de entidad.

¹¹⁹ “Se entenderá por Sociedad Cooperativa la asociación de personas naturales o jurídicas que, ajustándose en su organización y en su funcionamiento a las prescripciones vigentes, con las modificaciones que introduce la presente disposición, y tendiendo a evitar el lucro, tenga por objeto satisfacer alguna necesidad común, procurando el mejoramiento económico social de los asociados, mediante la acción conjunta de éstos en una obra colectiva, así como colaborar con los Sindicatos nacionales en la Solución de los problemas de tipo económico”. Esta Ley es derogada por la de 26 de enero de 1940, que implanta la Organización Sindical de FET y de las JONS como única, a la que se incorporarán todas las Asociaciones.

¹²⁰ En la introducción inicial de la ley se excluye expresamente a las Cooperativas del ámbito del derecho mercantil: “La presente Ley se basa en los principios siguientes... se centra el concepto de sociedad cooperativa apartando de ella el espíritu mercantil, eliminando el fin de lucro y procurando eludir toda posible competencia desleal sin olvidar que la iniciativa privada es fundamento en el que descansa la

Cooperativa su calificación como reunión. El concepto de cooperativa del art. 1º¹²¹, a diferencia de la Ley de 1931, elimina el término asociación, establece la denominación de sociedad cooperativa, sin ánimo de lucro, y añade la nota de capital variable. A lo largo de la Ley se extiende la denominación de sociedad y socio, abandonándose el de asociación.

El **Reglamento de 11 de noviembre de 1943** mantiene los criterios de la Ley de 1942 sobre el concepto de cooperativa -art. 1º igual que el de la Ley-, ampliando el concepto de lucro *“lucro a que se refiere el artículo primero de la Ley, es el calificado de mercantil, o sea, el que supone un beneficio exclusivo para la intermediación”*. Mientras que hasta la LGC de 1974, los autores¹²² manifiestan que era *“inadmisible”* la calificación de las cooperativas, en general, o de algunos tipos de ellas como sociedades mercantiles, durante la aplicación de la Ley de 1942 el problema a resolver era el encuadramiento de las cooperativas en el Derecho Privado o en el Derecho Público¹²³. La Ley de 1942 incluía la expresión *“sin ánimo de lucro”*, y no se apoya en ella como persona jurídica de interés público¹²⁴.

economía del Nuevo Estado... la consideración personal de la sociedad cooperativa, apartándola de un sentido de sociedad de capital, se corresponde con eliminar conceptos de responsabilidad suplementada, haciéndonos volver a los moldes clásicos de la misma.”

¹²¹ “Es sociedad cooperativa la reunión de personas naturales o jurídicas que se obligan a aunar sus esfuerzos con capital variable y sin ánimo de lucro, al objeto de lograr fines comunes de orden económico-social, sometiéndose expresamente a las disposiciones de esta Ley”.

¹²² VICENT CHULIÁ, F: “Las empresas mutualísticas y el Derecho Mercantil en el ordenamiento español”... cit, pág. 81: Esta expresión implicaba, en su opinión, “el reconocimiento de que la cooperativa no era sociedad, pues no se constituía para obtener un lucro o beneficio social repartible entre sus socios, sino sólo para desarrollar una actividad al servicio de éstos. Sin perjuicio de la ausencia de ánimo de lucro de la cooperativa, en los socios sí que existía un ánimo de lucro o de ahorro, que es lo que diferenciaba a las cooperativas, de las asociaciones de interés público”

¹²³ AGUILAR GARCÍA, M: “Notas acerca de la capacidad, constitución y representación en la LGC de 1974” en RDN, abril-junio 1975, pág. 31.

¹²⁴ VICENT CHULIÁ, F: “Las empresas mutualísticas y el Derecho Mercantil en el ordenamiento español”... cit, pág. 115.

El **Reglamento de Cooperativas de 13 de agosto de 1971** persigue adaptar la Ley de 1942 a los nuevos tiempos¹²⁵ (largo período de vigencia de las disposiciones anteriores, madurez e importancia económica de las cooperativas, experiencia de otros países, especialmente del Mercado común). El concepto de cooperativa del artículo 1º es idéntico al de la Ley de 1942, aunque se añade el término “voluntaria” a la reunión, y se mantiene también lo referente al lucro, incorporado en el Reglamento de 1943. El Reglamento no se ocupa de incluir a las cooperativas en una clase determinada dentro de las asociaciones, sino que simplemente va matizando y reafirmando la regulación específica de éstas.

Con la **Ley de 19 de diciembre de 1974** se produce otro nuevo cambio en la consideración de las Cooperativas, al definir las como Sociedad y empresa y eliminar la alusión al ánimo de lucro. Se pretende, con ello, el reflejo teórico de la efectiva incorporación práctica de las Cooperativas al mundo empresarial. En su elaboración¹²⁶ se pretendía lograr la autonomía de las Cooperativas respecto de otras asociaciones y sociedades, al calificarla de “*sociedad jurídica*”¹²⁷. Además, en las enmiendas

¹²⁵ En la introducción de éste, se afirma: “Reconocida la conveniencia de la reforma, y en tanto se elabora una nueva Ley, razones de urgencia inaplazable exigen la revisión por vía reglamentaria de las normas que configuran a la Sociedad Cooperativa con la finalidad de dotarla de medios jurídicos suficientes para que pueda responder a sus exigencias económicas y a su vocación de progreso en un orden social humanizado y democrático”. El punto 4º recoge la necesidad de una flexible regulación de las cooperativas de viviendas, “que permita la utilización de la forma cooperativa en la solución de un problema de tan acusados matices sociales como es la vivienda, y que enmarque el pujante cooperativismo de vivienda, en un espíritu de mutua ayuda y solidaridad”.

¹²⁶ VICENT CHULIÀ, F: “Los órganos sociales de la Cooperativa”, en Rev. Jurídica de Cataluña núm. 1, 1978, pág. 83. En relación con la elaboración de esta Ley, Chulià opina que las discusiones sobre la Ley en las Cortes fueron largas y poco fructíferas, puesto que la tendencia política e ideológica de los procuradores era la misma. No se hizo ninguna referencia al derecho comparado, introduciéndose algunas figuras sin conocer su función. Es cierto que la tendencia política homogénea impregnó las sesiones de la Comisión, puesto que muchas de las ideas aportadas en las enmiendas eran abandonadas, adhiriéndose los enmendantes a la opinión de los portavoces de la Ponencia.

¹²⁷ La Memoria del Proyecto presentado por el Ministerio de Trabajo (BOCG 23-1-1974) lo exponía de forma clara: “*idea de empresa comunitaria... que desborda el perfil tanto de las asociaciones sin contenido económico como de las sociedades de naturaleza estrictamente lucrativa... se ha procurado redactar una Ley General comprensiva de toda la realidad cooperativa, en su doble vertiente de realidad jurídica y de comunidad empresarial (pág. 3-4)... la definición de cooperativa termina con la vieja polémica de la*

presentadas en la Comisión de Trabajo¹²⁸ que se ocupó del Proyecto, se plantean aspectos relevantes, que nos parece interesante resaltar, sobre la calificación de las Cooperativas dentro de las personas jurídicas –asociación, sociedad, empresa-, la denominación del proyecto, la definición y caracteres de las Cooperativas, y quienes pueden ser socios de las mismas.

Las sesiones celebradas por la Comisión no modifican substancialmente el texto de la Ponencia, ni tampoco se admiten enmiendas esenciales. La solución adoptada finalmente parte de la dualidad sociedad-empresa, suprime la referencia a las personas que la integran, incluye las actividades económicas y sociales dentro de su finalidad y no se refiere en ningún momento al ánimo de lucro.

El ponente de la comisión manifiesta que el concepto trata de igualar a la Cooperativa como sociedad con otras sociedades empresariales. No admite la inclusión del lucro

naturaleza societaria o asociativa de la misma, reconociendo rotundamente su carácter de sociedad jurídica (pág. 6-7). Legajo 1319 Congreso de los diputados.

¹²⁸ El primer punto discutido es la denominación del Proyecto: Ley de Sociedades Cooperativas. No hay unanimidad en dicha denominación, y se aporta la denominación de Ley de cooperación, que es desechada, manteniéndose la de Ley de sociedades cooperativas, denominación que ofrece, a priori, una idea acerca de la consideración de éstas. Respecto a la definición de las Cooperativas, que se contiene en el artículo 1º, las enmiendas, posteriormente discutidas, versan sobre los siguientes puntos: sociedad-empresa-asociación, las personas que pueden formar parte de ella, físicas y/o jurídicas, el tipo de actividad de la Cooperativa, y la admisión o no del ánimo de lucro u otro concepto similar.

Respecto a los cooperativistas, se solicita la inclusión de la prohibición a los socios de valerse de su condición para desarrollar *“una actividad claramente especulativa o que pueda estimarse razonablemente contraria al espíritu de esta ley”*. También se pone de manifiesto el peligro que implica la admisión de las personas jurídicas como socios debido a la posible confrontación de sus intereses con los de la cooperativa. También se puede extender esta prevención a las personas físicas que pertenecen a personas jurídicas ajenas a la Cooperativa y son miembros de ésta, y los intereses contrapuestos en su caso. En relación a este tema, también se aportan nuevas ideas en relación a la inclusión de un nuevo párrafo del art. 1º en el que se prohíban la asociación, dentro de una Cooperativa, de las personas que vinieren ejerciendo una actividad mercantil, si la actividad de la Cooperativa supone prolongación o tiene análoga naturaleza a las que vienen realizando dichas personas. La razón es que *“contribuirían a incrementar el lucro mercantil de las entidades asociadas, lo que está en total contradicción con el repudio del lucro mercantil que está en la base de la doctrina cooperativa de todos los tiempos. La asociación de pequeñas y medianas empresas para mejorar sus economías de escala es lícita y legítima, pero debe encontrar su cauce a través de su legislación específica”*.

En relación al beneficio, se distingue éste como resultado rentable de la empresa, del lucro como beneficio y especulación buscado y cualificado. Dejamos constancia también de la distinción entre la ventaja o beneficio en el capital y el beneficio o resultado producido. Sobre la naturaleza civil o mercantil de las Cooperativas se manifiesta que *“se plantea el problema a nivel jurídico general... la Cooperativa como empresa no se diferencia esencialmente de las sociedades mercantiles, pero como sociedad si existen diferencias. Diferencias*

por considerarlo un criterio confuso, y mantiene la mayor parte de los criterios establecidos por la ponencia en octubre de 1974. Con la nueva ley se pretenden lograr los siguientes objetivos: igualdad con otras sociedades empresariales, determinar con precisión la cualidad de sociedad privada, establecer la autorresponsabilidad de socio, la autonomía, las garantías internas y externas, una representatividad absoluta que dote de agilidad a la gestión (yo diría que excesiva representatividad)¹²⁹, adaptarse a la realidad extranjera, proyección política y económica, democracia y fortalecimiento del movimiento cooperativo¹³⁰.

La LGC de 1974 define, en el art. 1º¹³¹, a las cooperativas como sociedades que realizan cualquier actividad económico social lícita, en régimen de empresa común, para la mutua y equitativa ayuda entre sus miembros, al servicio de sus socios y de la comunidad¹³². No se hace ninguna referencia al ánimo de lucro, bastando la prohibición de que el socio especule con la cooperativa. VICENT CHULIÀ reitera¹³³, que *“la cooperativa ni es una sociedad ni, mucho menos, es una sociedad mercantil... -incluso con la Ley de 1974- la toma de razón de la constitución de la cooperativa y de otras*

a nivel de medios y de fines (excedentes, intereses de socio y comunidad).” El problema de la legislación supletoria encuentra su *“solución en las remisiones expresas o tácitas contenidas en el Proyecto”*.

¹²⁹ Discurso del ponente, D. Fco de la Caballería, Director Nacional de la Obra Sindical de Cooperación, en el Pleno de las cortes del 18-12-1974. “Mundo Cooperativo” 612, pág. 14-16. En la relación Sociedad y empresa, la sociedad cooperativa como reunión de personas, sociedad que, a su vez, es titular de la empresa. La empresa puede existir o no, y sus trabajadores no tienen porqué ser socios cooperativos

¹³⁰ Discurso de D. Licinio de la Fuente, ante el Pleno de las Cortes, como Ministro de Trabajo el 18-12-1974 para la Presentación de la Ley. de “Acción cooperativa” M.980-1975, pág. 11-24.

¹³¹ *“Sociedad que, sometiéndose a los principios y disposiciones de esta Ley, realiza, en régimen de empresa en común, cualquier actividad económico social lícita para la mutua y equitativa ayuda entre sus miembros, al servicio de éstos y de la comunidad.”*

¹³² VICENT CHULIÀ, F: *“Las empresas mutualísticas y el Derecho Mercantil en el ordenamiento español”...* cit, pág. 118. Recoge el autor la exposición del Sr. Merino en la sesión de 16-10-1974 (Diario de sesiones nº 360, pág. 16). No se admitió el término asociación por el ánimo de lucro. Se admitió el término sociedad porque es previa a la empresa, y se hizo hincapié en que *“algunas cooperativas como las de viviendas no son empresas, pues tienen como finalidad recoger el dinero de sus socios para pagarlo a la constructora, que sí es empresa; pero que posteriormente a la construcción de las viviendas, van a seguir funcionando en régimen de Cooperativa, de sociedad Cooperativa, pero sin ser empresa”*.

circunstancias de su vida en el Registro Mercantil, por sí misma, no permiten afirmar que la cooperativa sea una entidad mercantil". El que la Ley de 1974 se ocupe de adaptar las Cooperativas al régimen societario mercantil no significa que ésta sea la mejor y única solución, ni que afecte necesariamente a todos los aspectos de las Cooperativas.

El **Reglamento de 1978** mantiene, en la Exposición de motivos, la distinta y peculiar naturaleza de la sociedad cooperativa frente a aquellas formas económicas propias de los comerciantes¹³⁴. Adapta la Ley de 1974 y es extenso. Se trata de recoger la experiencia de la práctica y de leyes anteriores. El concepto de cooperativa del artículo 1º es el mismo que el de la Ley de 1974, y hace referencia a la Cooperativa como sociedad en régimen de empresa en común.

2.2.3. Ley General de Cooperativas de 1987, derogada por la Ley de Cooperativas de 1999.

La Ley 3/1987 de 2 de abril era la aplicable en los últimos tiempos, hasta la entrada en vigor de la actual 27/1999. Es la primera Ley estatal de Cooperativas posterior a la Constitución de 1978, y surge con pretensiones de adaptar su regulación a la nueva

¹³³ VICENT CHULLÁ, F: *"Las empresas mutualísticas y el Derecho Mercantil en el ordenamiento español"*... cit, pág. 120 y 126.

¹³⁴ En términos de su Exposición de motivos: *"Por tradición cooperativa, por reducir al mínimo las remisiones a otros textos legales. Subraya los caracteres y la autonomía cooperativa, atendiendo al grupo o unidad familiar en algunas cooperativas como las de viviendas... se clasifican las cooperativas atendiendo a su objeto social, teniendo en cuenta la legislación de 1931 y las formulaciones de la ACI y de la OIT... se abre un posible desglose intragrupal de las cooperativas por razón de la polivalencia del objeto social y de los sectores económicos... También son desarrolladas las asociaciones de cooperativas, señalando el régimen que procede aplicar a los excedentes obtenidos de la asociación con, o la participación en, entes mercantiles, dada la distinta y peculiar naturaleza de la sociedad cooperativa frente a aquellas formas económicas propias de los comerciantes."*

realidad constitucional. Considera a las Cooperativas como sociedades en todo su articulado, y en su artículo 1¹³⁵, al definir las, indica expresamente que son sociedades.

Además de la LGC, y por su influencia en la misma, deben tenerse en cuenta los Proyectos anteriores a ella, de 1980 y 1985.

1. Evolución y Proyectos de Ley desde la elaboración de la Constitución española hasta la redacción de la LGC de 1987.

En materia cooperativa se plantearon, a lo largo de las tres primeras legislaturas posteriores a la Constitución de 1978, de 1978 a 1985, algunas cuestiones y preguntas¹³⁶ acerca de temas diversos, aunque de forma dispersa y fragmentaria. Hasta la culminación de la Ley de 1987 se sucedieron dos Proyectos de Ley previos.

El primer Proyecto es de **24 de junio de 1980**¹³⁷. El concepto de Cooperativa que ofrece se asemeja al de la Ley de 1974¹³⁸, se olvida la denominación de asociación,

¹³⁵ “Las Cooperativas son Sociedades que, con capital variable y estructura y gestión democráticas, asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, a personas que tienen intereses o necesidades socioeconómicas comunes para cuya satisfacción y al servicio de la comunidad desarrollan actividades empresariales, imputándose los resultados económicos a los socios una vez atendidos los fondos comunitarios, en función de la actividad cooperativizada que realizan.”

¹³⁶ En el Congreso de los diputados: actitud del poder ejecutivo respecto al fomento y protección de las actividades cooperativas (PSOE, 17-4-1980); actuación gubernamental en el campo cooperativo, no sólo legislativa sino también de difusión y apoyo del cooperativismo (PSOE, 14-7-1981); situación del cooperativismo en algunas CCAA- Galicia (CD, 3-11-1981), Asturias (CD, 13-4-1982); circunstancias especiales de algunas cooperativas como las de crédito, en concreto las cajas rurales, cooperativas de enseñanza, cooperativas agrarias. En el Senado la materia cooperativa estuvo presente incluso antes de la promulgación de la Constitución. Respecto a los temas, se repiten algunas cuestiones planteadas en el Congreso y se introducen algunas nuevas: cumplimiento de la disposición transitoria 2ª del Reglamento de 1978 referente a la adaptación de las cooperativas al nuevo reglamento (Democracia y Socialisme Cataluña, 6-7-1979), perfeccionamiento profesional de los dirigentes y técnicos de las cooperativas de Baleares (PSOE, 20-2-1981), situación cooperativa en Canarias (G Popular, 1-2-1984), medios utilizados para lograr el objetivo de colaboración entre el Estado y las CCAA en la difusión y formación cooperativa (G Popular, 17-10-1984).

¹³⁷ En el BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, nº 146-I se publica el Proyecto de Ley de Sociedades Cooperativas presentado por el gobierno, abriéndose el plazo de presentación de enmiendas. Este proyecto no tiene, o al menos no se recoge, una Exposición de motivos; no es excesivamente largo, si bien está compuesto por tres títulos: de la sociedad cooperativa, de la inspección y descalificación y del asociacionismo cooperativo, y 91 artículos. Se presenta con él una memoria explicativa que avanza el contenido de la Ley y lo justifica, en el siguiente sentido: “proporcionar a los cooperadores los instrumentos jurídicos idóneos... facilitar la promoción y creación de las Cooperativas... la amplitud de la ley se ve justificada en la necesidad de establecer una sólida regulación de los aspectos estructurales y funcionales de la expresión asociativa, fijando claramente los criterios jurídicos, los vínculos societarios... el título I configura a la Cooperativa con fidelidad a los principios reformulados en el XXIII Congreso de la Alianza Cooperativa Internacional, que se concretan y garantizan a lo largo del articulado”.

reunión... definiéndola por medio de caracteres. Se hace referencia, a lo largo del Proyecto, a la sociedad cooperativa o cooperativa, abandonando el término asociación utilizada en leyes anteriores; y olvidándose también de la dualidad sociedad-empresa planteada en la Ley de 1974. Tampoco en este proyecto, como en la Ley de 1974, se hace referencia al ánimo de lucro.

Se plantean algunas enmiendas¹³⁹ al Proyecto acerca de temas interesantes como, poner de manifiesto, de forma expresa, que las Cooperativas están al servicio de los socios y también de la comunidad, la actuación de las Cooperativas con terceros, el carácter mercantil o no de la cooperativa en relación con la inclusión de la ausencia de ánimo de

¹³⁸ La Ley de 1974 separaba claramente el concepto de Cooperativa en el artículo 1º, de los caracteres de ésta en el artículo 2º, siendo la primera vez que se hacía referencia a ellos, considerando fuente que *“definen el carácter cooperativo de una sociedad e informan su constitución y funcionamiento”*. En el proyecto de 1980, el artículo 1º se refiere al concepto y los caracteres, y recoge el objeto: actividad económica, y el fin: ayuda mutua de los miembros: *“La Sociedad Cooperativa es aquella que, compuesta por un número variable de socios y de capital, tiene por objeto el desarrollo de cualquier actividad económica para la ayuda mutua de sus miembros, con arreglo a los siguientes principios...”* Estas notas de la Cooperativa se incluyen de forma estructurada en torno a los principios de la ACI, Alianza Cooperativa Internacional, que deben respetarse y que se incorporan al concepto, libertad de adhesión y baja, democracia y autonomía, participación de socios en excedentes, educación de socios en el cooperativismo y relaciones intercooperativas: el principio de socios y capital variable se ha incorporado al concepto como concreción del elemento subjetivo de la sociedad.

¹³⁹ Con relación a los terceros, se plantea la *“expansión indefinida del Proyecto sobre el entorno social... la posibilidad de prestar servicios a los no socios, a condición de que estos servicios no sean motivo ni pretexto de enriquecimiento.”* (UCD enm. 65, Coalición Democrática enm. 315 y Comunistas enm. 285). El principio mutualista no debe de ser entendido con exclusividad al no estar recogido en la ACI. La actuación de las cooperativas con terceros debe someterse al régimen de empresa de derecho común (UCD enm. 66 y CD enm. 316).

Sobre el carácter mercantil o no de las Cooperativas: Algunos grupos plantean la necesidad de incluir, expresamente, la cuestión del lucro: *“ausencia de ánimo de lucro de carácter especulativo”*. (Comunistas, enm. 286). Otros, claramente diferencian las Cooperativas de las sociedades mercantiles por la ausencia de ánimo de lucro mercantil en las primeras: UCD, enm. 9. En ocasiones se afirma que *“la sociedad cooperativa es más bien de naturaleza civil que mercantil”*: Socialistes de Catalunya, enm. 77. Pese a que, en ocasiones, se propugne la aplicación a las Cooperativas de algunas notas mercantiles, se afirma que se trata de un *“enfoque mercantil”*, lo que no implica la identificación con las sociedades mercantiles: comunistas, enm. 299. Tan sólo hemos encontrado una afirmación clara y expresa del carácter mercantil de las Cooperativas, aunque incurriendo en evidentes contradicciones entre el carácter mercantil y la autonomía o independencia de éste, y criticando la transposición del régimen de SA a las Sociedades Cooperativas. Se trata de la enmienda a la totalidad del Partido Aragonés Regionalista dentro del Grupo Mixto, enm. 355. Afirma este partido que *“la Sociedad Cooperativa es una forma, entre otras, de titularidad y gestión empresarial y, en este sentido, su régimen ha de aproximarse al de las restantes Sociedades mercantiles... Sociedades como empresas con unas características peculiares, que responden a una visión ajena a la que inspira la sociedad mercantil capitalista... la Sociedad Cooperativa, de cuyo carácter mercantil a estos efectos (quiebra y suspensión de pagos) ya no se duda”*.

lucro. Se publican dos informes¹⁴⁰ de la Ponencia sobre el Proyecto de Ley y sus enmiendas. Este Proyecto de Ley no llegó a término por disolución de las Cortes.

El **20 de septiembre de 1985**¹⁴¹ se publica un nuevo Proyecto de Ley General de Cooperativas, antecedente esencial del Proyecto de 1986 y origen directo de la LGC de 1987.

En la Exposición de motivos del Proyecto y a lo largo de su articulado se hace referencia a las sociedades cooperativas con esta denominación, o llamándolas simplemente cooperativas; y se propone una definición de la sociedad cooperativa descriptiva, con fidelidad a los principios cooperativos proclamados por la Alianza Cooperativa Internacional. Se advierte en la Exposición de motivos que, aunque no se trate explícitamente la cuestión de ausencia de lucro, indirectamente se tiene en cuenta¹⁴². La relación de enmiendas presentadas se refiere, entre otros, al concepto¹⁴³ y

¹⁴⁰ El primero de 17 de abril de 1982 (BOCG, serie A, n° 146-I 1) y el segundo de 7 de julio de 1982 (BOCG, serie A, n° 146-I 2), con motivo del nuevo planteamiento del Proyecto de ley (reducirlo para su futuro desarrollo reglamentario), por el que la Comisión antes de emitir su dictamen decide devolver el informe a la ponencia para que informe también con relación a esta nueva situación. Se admiten las enmiendas relativas a la inclusión de la extensión de la Cooperativa al servicio de los socios y de la comunidad, y una definición más amplia. Se rechazan las enmiendas sobre la manifestación expresa de la ausencia de lucro especulativo. No parece preocupar, a los integrantes de la ponencia ni a los grupos parlamentarios, que se pierda la doble concepción de sociedad y empresa en común, que fue recogida en la Ley de 1974.

¹⁴¹ BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, 164-I. Dicho proyecto consta de una Exposición de motivos y tres títulos con 162 artículos. Se pasa de 91 artículos en el Proyecto de 1980 a casi el doble. Es la primera vez en la historia legislativa cooperativa que la futura Ley General de Cooperativas se asemeja a un reglamento más que a una Ley general. En la Sesión de 22 de octubre de 1985 (Diario de sesiones n° 240), se presenta el Proyecto de Ley, por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, justificando su contenido: fidelidad a los principios de la ACI, a la experiencia del Norte de Europa y a la doctrina del TC (julio 1983 y marzo 1984).

¹⁴² Lucro que se tiene en cuenta al plantear la referencia a la imputación a los Fondos de Reserva obligatorios y su contabilidad cuando se trate de resultados positivos o negativos en actividades realizadas con terceros, imputación que se ha realizado para *“evitar que dichas actividades puedan significar un lucro para los socios”*. No se recoge la dualidad sociedad-empresa de la Ley de 1974, la Exposición de motivos habla de *“empresas cooperativas”*, y parece identificar a éstas con la sociedad cooperativa. En el artículo 1° se contiene un concepto de cooperativa que parte de un núcleo básico ya recogido en el Proyecto de 1980: *“sociedades que, con capital variable y estructura y gestión democráticas, asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, a personas que tienen necesidades socioeconómicas comunes, para cuya satisfacción y al servicio de la comunidad...”*

¹⁴³ Concepto contenido en la Ley anterior de 1974 por ser de mejor técnica jurídica: G. Popular, enm. 77. Nuevo concepto de mayor precisión jurídica. En él se incluye el número variable de socios y la sujeción a las normas y principios del movimiento cooperativo: Minoria catalana, enm. 231. El Grupo centrista ofrece también un concepto nuevo en el que elimina: el régimen de baja voluntaria, y sustituye las necesidades e intereses por los

clasificación de las cooperativas. También se plantean varias enmiendas de devolución¹⁴⁴, por la desatención de la materia autonómica sin respeto de la doctrina del TC, por atentar contra el artículo 38 de libertad de empresa, y el excesivo intervencionismo de la Administración y la pérdida de independencia para el cooperativismo, y por ser una Ley excesivamente amplia y reglamentista (debería ser una ley marco, de bases para permitir el juego a las CCAA). Se suceden el informe de la Ponencia y el dictamen de la comisión sin variantes¹⁴⁵. En la primera sesión de Pleno¹⁴⁶, se procede al debate y la votación, entre otros, del concepto de Cooperativa,

objetivos socioeconómicos comunes. enm. 348. El PSOE, enm. 330, sugiere que se añada el término “intereses” junto a las necesidades socioeconómicas.

¹⁴⁴ Grupos parlamentarios: PNV y CP. En la Sesión de 24 de octubre de 1985 (Diario de sesiones nº 242) se procede a la discusión de las enmiendas planteadas. Se defiende por el portavoz del gobierno la subsistencia del Registro de Cooperativas por recomendación de la OIT (nº 127), la figuras del asociado y las operaciones con terceros para lograr mayor competitividad de la Cooperativa en el mundo empresarial, la justificación de la extensión del Proyecto de Ley puesto que no va a existir un Reglamento, y no se trata de una Ley de bases para no limitar las facultades de las CCAA. Se da traslado a la Comisión correspondiente para la ulterior tramitación de su texto.

¹⁴⁵ Ninguna enmienda es admitida. La ponencia publica su informe del 30-11-1985 (BOCG serie A, nº 164 I 3), admitiendo tan sólo una enmienda al artículo 1º, la del PSOE que modificaba el término “necesidades socioeconómicas comunes” por “intereses”. El 10-2-1986 (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, nº 164 II) se publica el dictamen de la Comisión, que no modifica ningún punto relativo al concepto de Cooperativa.

¹⁴⁶ Sesión de 25-2-1986 (Diario de sesiones nº 271). Destacan en esta sesión algunas afirmaciones de los ponentes de los distintos grupos parlamentarios. El Grupo Popular afirma *“la razón de ser del cooperativismo está en los principios cooperativos frente a la economía capitalista o tesis totalitarias... la Cooperativa tiene una filosofía propia, tiene unas particularidades que la definen de otra forma societaria.”* El Grupo Centrista defiende el concepto que presenta su grupo porque, *“En él se advierten mejor las diferencias teóricas entre las cooperativas y otras sociedades. Una cooperativa es, ante todo y siempre, una asociación de personas, organizada con arreglo a unos principios para la satisfacción más ventajosa de alguna necesidad común o la obtención de una beneficio, o bien una sociedad con carácter variable en cuanto al capital y a los socios que desarrolla una actividad al servicio de sus miembros. Si partiendo de estas o parecidas definiciones se añaden después los caracteres que delimiten lo que son y lo que hacen este tipo de sociedades, y se enumeran los principios con rigor y precisión, empezaremos a construir este edificio normativo sobre buenos cimientos y no en el aire... con la redacción que proponemos salvaríamos en parte las complicaciones sociales y políticas que pueden plantear ciertos fines y obligaciones cooperativas que son ajenos a la naturaleza de la empresa. No es el momento de analizar lo que es y debe entenderse por actividad económico-social ni de optar por una de las dos interpretaciones que se recogen en gran parte de la doctrina: primera que en toda la actividad de la cooperativa se conjuga el fin económico con el social, y segunda, que en toda cooperativa hay una mezcla de actividades económicas y actividades sociales que se desarrollan por separado... los principios cooperativos de la ACI son la filosofía política y económica de la cooperativa, su razón de ser que justifica el modo y forma de producirse sus actividades”.*

El ponente del PSOE, en la defensa del Proyecto de ley, también habla de que *“las operaciones con terceros están en el límite divisorio entre las cooperativas y las sociedades mercantiles... la liberalización plena en las operaciones con terceros desnaturalizaría las sociedades cooperativas y facilitaría la especulación. Es necesario incentivar esa actividad empresarial y permitir las operaciones con terceros en los casos en que es necesario, como por ejemplo en las cooperativas de viviendas en lo referente a los locales comerciales que fabrican los socios cooperadores porque cuando se constituye una cooperativa de viviendas los socios lo que*

respecto del que se afirma su razón de ser específica, su filosofía y particularidades, su carácter de asociación de personas aunque sean sociedades y empresas, y su diferencia con las sociedades mercantiles. No podemos dejar de reseñar la mayor amplitud y densidad de los debates en el Pleno del Congreso del Proyecto de 1985 frente al de 1986, base de la Ley de 1987, debido a que el segundo retomó el primero sin excesivas variaciones. El texto de 1985 llega a ser aprobado por el Congreso de los Diputados¹⁴⁷, pero no llegó a ser Ley debido a la disolución de las Cámaras por finalización de la IIª Legislatura.

II. Ley General de Cooperativas de 1987.

El Proyecto de 1986¹⁴⁸ retoma el contenido del Proyecto de 1985. No sufrió grandes alteraciones en su paso por ambas Cámaras, debido principalmente a cuestiones políticas, lo que ocasiona la identidad con la redacción definitiva de la LGC de 1987.

Los temas que se plantean a lo largo del debate parlamentario relativos al concepto y calificación de las Cooperativas son la inclusión literal o no de los principios de la ACI, la consideración de las Cooperativas como sociedades mercantiles, o como sociedad-empresa (según el concepto de la Ley de 1974) y la ausencia de lucro (citada expresamente en la Exposición de motivos de la Ley y no en el resto del articulado). La discusión que late en el fondo es la aplicación o no de normas mercantiles a las

pretenden es la construcción de viviendas para su propio uso, no venderlas a terceros ajenos, porque en ese caso estaríamos ante una inmobiliaria y no ante una cooperativa... estamos de acuerdo en que la empresa cooperativa es empresa y asociación cooperativa también. Nosotros tratamos de combinar ambos elementos: la empresa cooperativa, de forma que si no existe rentabilidad empresarial en la cooperativa difícilmente puede subsistir, y al mismo tiempo ese aspecto empresarial económico de rentabilidad económica, lo combinamos con el aspecto societario y con el servicio definitivo de la cooperativa hacia la comunidad."

¹⁴⁷ El 23-3-1986 (BOCG serie A nº 164 III). Se trata de una Ley excesivamente amplia (así lo manifestaron el resto de los grupos parlamentarios en el debate de totalidad del 2-10-1986), que limita la autonomía y soberanía de la Cooperativa, excesivamente casuística en aras de una pretendida "flexibilización de las normas establecidas" como manifiesta en su Exposición de motivos. Mi opinión es contraria a esta regulación, puesto que si se quiere evitar rigidez y fomentar la constitución y autorregulación de las cooperativas debería haberse dictado una Ley concreta y escueta, conteniendo las normas básicas y fundamentales.

Cooperativas y su consideración como tales, o la referencia a ellas como empresas, sociedades de derecho privado con su regulación propia, relacionadas con las sociedades mercantiles aunque distintas de éstas.

Respecto al concepto e inclusión de las Cooperativas como entidades dentro del mundo jurídico privado, es preciso acudir a la Exposición de motivos que aporta más luz que el articulado de la Ley, que simplemente se refiere a ellas llamándolas sociedades. La Exposición de motivos¹⁴⁹ se refiere a ellas como sociedades, empresas, sin lucro, fieles a los principios de la ACI. Resulta extraña la calificación y denominación de las Cooperativas como Sociedades o simplemente Cooperativas a lo largo de toda la Ley y la afirmación de la ausencia de lucro en ellas (entendemos que se trata de lucro en sentido estricto, o que el concepto de sociedad al que se refiere es amplio), abandonando el término asociación, quizá por ser excesivamente obvio o amplio.

El momento político en que se desarrolla esta Ley no exigía una regulación del control de la Cooperativa, por lo cual la redacción de la Ley debería haber sido más rigurosa, y no una mera transcripción de normas reguladoras de otras sociedades como la anónima. Una vez superados todos los problemas relativos al derecho de asociación, tanto el poder ejecutivo al plantear el Proyecto como el legislativo al discutirlo podían haber aprovechado el momento para elaborar un régimen auténtico, único e independiente de la Cooperativa, basándose en otros, pero específico para el tipo de entidad que

¹⁴⁸ El 5-9-1986 se publica en el BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, 4.

¹⁴⁹ El concepto ofrecido es *“una definición descriptiva de la Sociedad Cooperativa, configurada con fidelidad a los principios cooperativos proclamados por la Alianza Cooperativa Internacional”*. Esta afirmación no es exacta puesto que hemos podido comprobar que dichos principios no se recogen en su totalidad. Continúa la Exposición de Motivos aportando alguna nota más al calificarlas de: *“... empresas cooperativas”* y contemplar la ausencia de ánimo de lucro, *“evitar que dichas actividades puedan significar un lucro para los socios”*. Estos dos aspectos no son recogidos en el articulado de la Ley, aunque bastaría la Exposición de motivos para interpretar en sentido positivo que el Proyecto (y la LGC, puesto que no se produjo ninguna modificación en este sentido) contempla las dos vertientes o aspectos de las Cooperativas: sociedad y empresa, así como la ausencia de ánimo de lucro en ellas.

regulaba. Estas cuestiones no se tienen en cuenta en este debate, que hubiera supuesto alcanzar un escalón importante en la regulación cooperativa, construyéndose la Ley sin apenas discusión, ni aceptación de las enmiendas presentadas. Las enmiendas¹⁵⁰ presentadas por los grupos parlamentarios al citado Proyecto de Ley plantean cuestiones generales interesantes, en las que existe una práctica unanimidad, como el cese del intervencionismo reglamentista, el respeto a la soberanía y autonomía de las cooperativas y a las competencias de las CCAA, y también se refieren a la concepción¹⁵¹ de la Cooperativa como entidad específica o cercana a las sociedades mercantiles.

En la sesión¹⁵² de la Comisión de Política Social y Empleo continúa el debate sobre el Proyecto de Ley, y las enmiendas citadas se reproducen íntegramente. En el Senado¹⁵³

¹⁵⁰ Las enmiendas son un total de 425, publicadas en el BOCG de 14-10-1986, serie A, 4.3º. Ninguna de estas enmiendas es aceptada por la Ponencia, como así se publica el 5-11-1986 (BOCG, serie A, 4º.4). Queremos resaltar que sólo se admitieron las enmiendas presentadas por el Grupo parlamentario socialista, así como una del CDS (se afirma su admisión porque se trataba, en realidad, de un error), desestimándose el resto.

¹⁵¹ En lo referente a la concepción de la cooperativa dentro del ordenamiento jurídico se plantea indirectamente la decisión respecto a la aplicación de normas mercantiles (CDS: enm. 162 respecto al domicilio, 165 aplicación del Rº Mercantil, 182 y 183 y CP), la equiparación a otra sociedad civil o mercantil en algunos puntos como infracciones, descalificación... (CDS enm. 182 y 183, y CP enm. 218) o el establecimiento de un régimen específico para las cooperativas (PSOE) decantándose el debate, por razones políticas, hacia la segunda opción. También se afirma el carácter de empresas de las Cooperativas, que deben competir lealmente en una economía de mercado, "*sociedades de derecho privado, que se proyectan como cualquier empresa en el mercado*" (Enmiendas 238, 249 y 342 de CP).

Se solicita la sustitución del texto del Proyecto por la definición de la Ley de 1974 "*por ser técnica y doctrinalmente más correcta*". Se citan los debates de totalidad de ésta y las publicaciones recientes del PSOE: Enmienda 234, CP.

Se añade, dentro de la alusión a los principios de la ACI, que éstos completarán el concepto y caracteres de la Ley, logrando una referencia más completa a estos principios. La justificación es que el concepto está alejado de la realidad socioeconómica y no contiene las diferencias teóricas entre las Cooperativas y otras sociedades. Enmienda 99, G. Mixto: PDP.

¹⁵² Sesión de 9-12-1986, Diario de sesiones del Congreso nº 47. Los representantes de los Grupos parlamentarios continúan solicitando a la Ponencia que se incluya: "*la referencia a los principios de la ACI de forma completa y no coja como parece que ocurre en el artículo 1º... El concepto está alejado de nuestra realidad socioeconómica y no contiene las diferencias teóricas entre las Cooperativas y otras sociedades*". El representante de la ponencia (Sr. Blanco García) las rechaza todas al considerar que "*los principios cooperativos que emanan de la ACI se limitan, simplemente, a recomendar que la legislación cooperativa responda a esos principios. Esta ley responde a esos principios -se ajustarán-. Es decir, hay un mandato imperativo de que las sociedades cooperativas se ajustarán a los principios de la ACI*". Desestimadas todas las enmiendas, el texto de la Exposición de motivos y del artículo 1º citado se mantiene idéntico al de la Ponencia (basado en el Proyecto del Ministerio de Trabajo) y el Proyecto es aprobado por la Comisión con competencia legislativa plena el 22-12-1986 (BOCG, serie A, 4º.5).

se remite el texto a la Comisión de Trabajo, y las enmiendas presentadas reiteran los matices aportados por los grupos parlamentarios en el Congreso, especialmente respecto a la calificación de las Cooperativas como sociedades mercantiles o no, empresas, sociedades de derecho privado¹⁵⁴. Se remite el texto al Congreso¹⁵⁵, que lo aprueba¹⁵⁶. Algunas fuerzas políticas lo critican¹⁵⁷ por la calificación restrictiva de las cooperativas, sin mencionar su carácter de empresa. El 31-3-1987 se publica el texto

¹⁵³ El 29-12-1986 (BOCG, Senado, serie II, 12a) se produce la recepción y publicación en el Senado del texto remitido por el Congreso (Dictamen emitido por la Comisión de Política Social y Empleo).

¹⁵⁴ Publicadas el 20-2-1987 (BOCG, Senado, serie II, 12c). A. Romero nº1, PDP nº 21, López Henares, nº 100a, CP nº 134-135-136-137, PL nº 297) expresan las ideas ya avanzadas y, en general, no son aceptadas.

El CDS mantiene (enmienda 107) *"completar la norma de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo sobre Sociedades Mercantiles"* (109) *"y recoger la doctrina del Tribunal Supremo sobre las Sociedades Mercantiles"*), la aplicación de las normas y doctrina de las sociedades mercantiles, de la Ley de S.A. (enm. 114) y del C. de c (enm. 111 *"carece de sentido no reconocer a los socios de una Cooperativa el derecho al resarcimiento de los gastos, establecido en favor de los simples interesados legítimos por el Código de comercio cuando quede probada la irregularidad contable"*). Por su parte, CP hace referencia a las Cooperativas como empresas (enm. 140 *"facilitar estas operaciones a aquellas cooperativas que estatutariamente lo establezcan sin intervencionismos de la Administración, impropios en una economía de mercado donde las cooperativas como empresas deben competir lealmente"*), sociedades de derecho privado (enm. 254 *"Las cooperativas son Sociedades de derecho privado, que se proyectan como cualquier empresa en el Mercado -dentro- del mundo occidental, y por tanto no puede ni debe establecerse, sin vulnerar la Constitución, ninguna intervención que no sea común a cualquier tipo de Sociedad"*), y establecer relaciones con las sociedades mercantiles aunque diferenciándolas de éstas (enm. 142 y 156 *"Las Sociedades Cooperativas deben seguir el mismo sistema que las Sociedades Mercantiles"*).

La ponencia en su informe de 23-2-1987 (BOCG, Senado, serie II, 12d) rechaza los vetos presentados al Proyecto de Ley y acepta las enmiendas socialistas (319 a 336), rechazando el resto.

¹⁵⁵ Previos Dictámenes de 27-2-1987 (BOCG, Senado, serie II, 12e) emitido por la Comisión de Trabajo sobre el Proyecto de Ley de Cooperativas, manteniendo los Grupos parlamentarios algunos votos particulares; y el de 11-3-1987 (BOCG, Senado, serie II, 12f) de la Comisión aprobado por el Pleno del Senado el 5-3-1987.

¹⁵⁶ En la sesión nº 37 de 17-3-1987, Diario de sesiones nº 36. Se publica el texto y las enmiendas del Senado aceptadas el 23-3-1987 (BOCG, serie A, 4º6).

¹⁵⁷ Nos referimos a Coalición Popular (Sr. Lucas) *"El texto que nos manda el Senado no recoge, la cooperativa como empresa que representa la culminación del espíritu liberal aplicado a la economía y que constituye la síntesis del humanismo social con el espíritu de libre empresa... no cita expresamente los principios cooperativos... además, si subordinan dichos principios a esta ley, parece que no los cita como adorno, pues al no estar especificados no se sabe si la ley los altera o los respeta... carece de los principios fundamentales o falta de seguridad jurídica, al no aceptar el Registro Mercantil... art. 58 TC/E en el que se cita a las sociedades cooperativas como una sociedad más sujeta al régimen jurídico de inscripción del Rº Mercantil... hace una calificación restrictiva de las cooperativas y rompe el principio constitucional de libertad de empresa... es reglamentaria, intervencionista y desconoce el principio de autonomía estatutaria"*.

Por su parte, el PSOE (Sr. Arnau) mantiene la bondad de la LGC aprobada, *"termina con el control político, el control administrativo que se ha ejercido sobre las sociedades cooperativas... Esta técnica casuística y reglamentaria ha proporcionado la posibilidad de intervenir mediante enmiendas en un texto legislativo, oportunidad que no hubieran tenido si se hubiera desarrollado una ley escueta y breve... cumple con el mandato del artículo 129.2º de nuestro texto constitucional"*

Como puede concluirse de la exposición de los debates parlamentarios, el término debate es poco útil en este caso. El Proyecto de Ley presentado por el Ministerio y la LGC son prácticamente idénticos.

definitivo de la Ley General de Cooperativas, aprobado el 17-3-1987¹⁵⁸ por el Pleno del Congreso. En él, las Cooperativas son denominadas “sociedades”, se admite una definición descriptiva incompleta de las mismas y, en general, se persigue la idea errónea de que la Ley es autosuficiente, debe regularlo todo y la realidad debe adaptarse a ella, y además esta Ley adopta criterios de otras sociedades, especialmente mercantiles como la anónima.

Podemos concluir que la evolución de la legislación cooperativa respondió inicialmente a un intento de adaptar esta figura a la realidad, sin plantearse si ello implicaba o no su independencia o la inclusión en una categoría jurídica distinta de la tradicional; para a continuación optar por la vía excesivamente práctica, abandonando la esencia real distinta. La referencia cada vez mayor a las Cooperativas como sociedades, la remisión a las normas de éstas y a la necesidad de incorporación a las actuales tendencias del mercado no parece que sean argumentos concluyentes para su consideración como tales ya que responden a una necesidad práctica, y no a un planteamiento teórico serio. Tampoco puede acudirse a la calificación asociativa en todos los sentidos, como el legislador ha planteado en algún momento, cronológicamente lejano, porque sería obviar las necesidades del tráfico empresarial. Probablemente la mejor opción resulte de la combinación de ambos aspectos. No es positivo tampoco optar a priori por la naturaleza autónoma e independiente de las Cooperativas, sobre la base de existencia de una legislación propia, olvidando su condición de persona jurídica. La evolución legislativa de las Cooperativas en general tiene como notas coincidentes una diversidad de aspectos, formales y de contenido, lo que unido a las diversas actividades que puede

¹⁵⁸ BOCCG, serie A, 4º 7.

realizar nos sitúa ante una persona jurídica asociativa en esencia y en general, y necesariamente societaria en su estructura y forma.

La visión actual de las Cooperativas en nuestro ordenamiento jurídico, interpretada sobre la base de la evolución histórica y legislativa producida durante los siglos XIX y XX, es favorable a la consideración de las Cooperativas como un tipo de asociación autónoma e independiente, con notas societarias, que adopta, por razones prácticas, la forma de empresa. Partiendo de esa base será posible evitar que las Cooperativas se diluyan en el tráfico empresarial, confundidas con otras personas jurídicas. Desaparición que podría producirse debido a que, una vez resuelta y admitida por los mercantilistas la inclusión en el ámbito mercantil, las peculiaridades y ventajas, especialmente fiscales, de las Cooperativas pierden su razón de ser. Así, quedan matizados los diversos aspectos de que se compone la realidad cooperativa, que iremos analizando en general y en relación a las Cooperativas de viviendas.

Respecto de las Cooperativas, además de lo anterior, debe estudiarse su exclusión del ámbito mercantil, y la posibilidad de que contenga algunos elementos o caracteres de la sociedad civil, como sociedad general o común. También tendremos en cuenta la opción de considerarlas, en esencia, sociedades cooperativas independientes de las civiles y mercantiles y, en su forma o actuación en el tráfico económico, empresas. Antes de presentar la visión de la doctrina, y para lograr una interpretación completa, es preciso, no sólo el examen literal de las normas vigentes y sus antecedentes históricos, sino también el estudio de otras normas que afectan a la materia cooperativa, aunque sean ajenas a la misma, y la referencia a algunos aspectos reales de la vida cooperativa que parecen haberse olvidado.

3. EXAMEN DE OTRAS NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y DERECHO COMPARADO.

La interpretación de las normas que afectan a la figura cooperativa no sería completa si no tenemos en cuenta el punto de vista sistemático, la referencia que otras normas del ordenamiento contienen sobre ellas. Además, el análisis debe completarse con la visión que otros ordenamientos extranjeros e instituciones internacionales ofrecen.

3.1. Otras normas de nuestro ordenamiento, en concreto penales, fiscales y de consumo.

Tanto el Derecho Fiscal como el Penal tienen en cuenta a las Cooperativas, a las que se refieren y regulan como entidades independientes, societarias, pero distintas de otros tipos sociales, tanto civiles como mercantiles. Esta es la tendencia actual del legislador, no considerar a las Cooperativas como sociedades mercantiles, como ocurre en el actual Código Penal, Ley 10/1995 de 23 de noviembre. En él es importante mencionar el art. 297, perteneciente al capítulo de delitos societarios. Dicho capítulo se refiere principalmente a la comisión de hechos ilícitos por los administradores, de hecho o de derecho, de la persona jurídica¹⁵⁹. El art. 297 establece los supuestos en los que son aplicables los artículos anteriores: *“A efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda Cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de*

¹⁵⁹ También se refiere a ellas el art. 120, correspondiente a la regulación de la responsabilidad civil derivada de delito o falta, que contiene cinco apartados relativos a la responsabilidad de las personas naturales y jurídicas.

Los delitos societarios pueden ser cometidos por los que dirijan, gestionen, representen, administren o estén empleados en ellos utilizando cualquier medio de difusión escrita, hablada o visual. Pueden resumirse estos delitos societarios en: falsear cuentas de la sociedad (art. 290), prevalecerse de su situación mayoritaria imponiendo acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno en perjuicio de los demás socios (art. 291), la imposición de acuerdos ilegales (art. 292), negación al socio de los derechos de información, participación en gestión, control de las actividades o suscripción preferente (art. 293), negar o impedir la actuación

modo permanente en el mercado". De la redacción citada pueden extraerse algunas consecuencias favorables a la especialidad cooperativa; en primer término, se refiere a entidades de naturaleza análoga a las sociedades, no sólo a éstas; siempre que su participación en el mercado sea permanente, con una organización y una estructura estable¹⁶⁰; en segundo lugar, se expresa claramente la distinción entre la sociedad mercantil y la Cooperativa, se asemeja la cooperativa a las sociedades, pero separándola de ellas, aunque se advierte que dicha situación "*el entender por sociedad*" es sólo a los efectos de este capítulo. También es interesante recordar la prohibición de asociaciones ilícitas, en los supuestos que el CP ofrece en el art. 515.

En materia fiscal, desde antiguo, las normas¹⁶¹ han colocado a la Cooperativa en una situación especial, como veremos al tratar las Cooperativas de viviendas en particular, sobre la base de su condición de autoayuda, autopromoción... La actual Ley fiscal de Cooperativas, Ley 20/1990 de 19-12, mantiene dicho criterio por su especial función social, características y actividades, según afirma expresamente su artículo 2º que distingue a las Cooperativas en protegidas y especialmente protegidas. La Ley de

inspectora o supervisora (art. 294). disposición fraudulenta de bienes o contraer obligaciones que causen perjuicio a los socios (art. 295).

¹⁶⁰ SUAREZ GONZÁLEZ, C: "*Comentarios al Código Penal*", dirigido por RODRIGUEZ MOURULLO, artículo 290 y ss. civitas. Madrid 1997. pág. 832 y ss. Plantea el autor que no se incluye a las comunidades de bienes u otras entidades sin personalidad jurídica. Pienso que tal y como es su redacción, ello puede deducirse de la amplia definición de sociedades que ofrece, y su referencia a entidades permanentes, con organización y estructura estable. Así opina VALLE MUÑIZ, JM: "*Comentarios al nuevo Código Penal*", dirigido por QUINTERO OLIVARES y coordinados por el propio VALLE MUÑIZ, artículo 290 y ss. Aranzadi, Pamplona 1996, pág. 1338 y ss, al admitir que cualquier sociedad, aunque sea civil, puede ser sujeto de estos delitos, por el principio de puerta abierta del nuevo CP, basado en la independencia del Derecho Penal respecto de otras materias.

¹⁶¹ Así, se han establecido exenciones en determinados impuestos en beneficio de las Cooperativas, desde la Ley de sindicatos agrícolas de 28-1-1906, pasando por toda la legislación sobre casas baratas, en 1931 con la primera Ley de Cooperativas, que en tema de exenciones se remite a su Reglamento, existiendo en esta misma época un Proyecto de Ley exclusivamente tributario sobre cooperativas que no llega a ser Ley. Por Orden de 27-1-1948 se crea la Junta consultiva del Régimen Fiscal de las Cooperativas, aunque hasta 1954, mediante el Decreto 9-4-1954, no se redacta el primer Estatuto Fiscal de las Cooperativas que ya distingue entre Cooperativas protegidas y no protegidas. El Decreto 888/1969 de 9-5 sustituye al anterior, y también diferencia dos clases de Cooperativas, protegidas o no, y es el antecedente de la actual Ley Fiscal de Cooperativas de 1990, que adopta otros criterios de distinción de las Cooperativas, especialmente protegidas, protegidas y no protegidas.

Cooperativas vigente se remite a la Ley 20/1990 respecto de la fiscalidad de las Cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro, en las disposiciones adicionales primera y novena. La remisión a la aplicación de la Ley 20/1990 podrían obviarse, ya que ésta es realmente efectiva respecto de las Cooperativas en general por disponerlo así. Entendemos que la previsión o distinción de las cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro, en función del interés y del cumplimiento de ciertos requisitos, completa la distinción de la Ley de régimen fiscal en Cooperativas protegidas y especialmente protegidas en razón de la actividad, permitiendo que pueda aplicarse el régimen en base a otro criterio, aunque no dice cual sea aquél, el de protección o especial protección (parece que debería entenderse el de especial protección). Evidentemente el criterio de la actividad precisaba ser completado, puesto que por sí sólo resulta incompleto.

Además, con todo lo que ello conlleva, puede admitirse que los socios cooperativistas son consumidores, dentro del ámbito de la Ley 20/1984 de 19 de julio para la defensa de los consumidores y usuarios, por aplicación del art. 1¹⁶² de la misma, como destinatarios finales frente a terceros -en el caso de viviendas serían terceros, la empresa gestora y el constructor- pese a su consideración como promotores para uso propio. Ya entendíamos que la Cooperativa podía beneficiarse de esta calificación, como representante de los socios frente a terceros y a favor de aquéllos, aunque la LGC no lo había previsto. En favor de esta opinión puede aportarse la dicción de la actual Ley de Cooperativas de 1999, que incorpora esta referencia de forma novedosa,

¹⁶² "Art. 1.2º. A los efectos de esta Ley, son **consumidores o usuarios** las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. 3º. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros."

ya prevista en el proyecto inicial, como sometimiento legal de las Cooperativas a la Ley 26/1984 General para la defensa de los consumidores y usuarios, y demás disposiciones sobre la defensa de éstos¹⁶³, en la disposición adicional quinta, apartado séptimo¹⁶⁴. Esta cuestión ya la habíamos observado pese a que la LGC no se refería a ella, lo que se ve favorecido por el acogimiento del legislador que repercutirá positivamente en el desarrollo cooperativo.

De estas normas puede extraerse la conclusión del carácter societario de las Cooperativas, aunque no incluido en ningún tipo general, civil o mercantil, sino independiente de ellos. Sin embargo, para nosotros, su definitiva calificación o no como sociedad o asociación, civil o mercantil, queda pendiente del estudio doctrinal que realizaremos más adelante sobre ambas.

3.2. Derecho comparado.

En muchos países, comunitarios o no, se hace referencia a las Cooperativas en las Constituciones, Códigos y Leyes especiales. Hay supuestos en los que se parte de su consideración como sociedad, otros casos en que se consideran asociaciones... Algunos

¹⁶³ Entre otras, les sería aplicable la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación, de ámbito estatal. Dicha aplicación se vería limitada por lo dispuesto en el art. 4 de la Ley, que excluye de su aplicación los negocios de constitución de sociedades (entendemos personas jurídicas en general). La consideración de condiciones generales podría afectar a la adjudicación de vivienda a cada socio, entendiendo que la Ley 7/1998 puede aplicarse, no sólo a contratos, sino a negocios jurídicos en general, que pueden incluso calificarse de "contratos de adhesión", como mantiene DE SALAS MURILLO, S: "*Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho Español*"... *cit.* pág. 471. También podrían estimarse incluidas en ella las relaciones contractuales con la empresa gestora, si se producen individualmente entre cada socio, como adhesión al contrato de mandato, gestión o similar, y aquella. También se manifiesta en este sentido GÓMEZ APARICIO A.P: "*Análisis de los aspectos financieros de la Sociedad Cooperativa de viviendas en España*". Comunidad de Madrid 1991.

¹⁶⁴ *Disposición adicional quinta.7. Las Sociedades Cooperativas estarán sujetas a lo establecido en la Ley 26 1984 de 19 de julio, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y demás disposiciones sobre defensa de los consumidores y usuarios, así como a las disposiciones sanitarias y asistenciales cuando resulten de aplicación.* 'No ha sido objeto de enmiendas ni modificaciones en la tramitación parlamentaria, conservando el texto inicial del Proyecto de julio de 1998.

autores¹⁶⁵, de forma más concreta, relacionando la cuestión del tipo de norma que las regulan con la relación con otras personas jurídicas, plantean las diversas posibilidades que los países europeos ofrecen respecto a las Cooperativas, al regularlas como asociaciones, sociedades mercantiles, sociedades específicas.

Son consideradas asociaciones en el Reino Unido, Holanda e Irlanda. En el Reino Unido se consideran asociaciones distintas de las sociedades, aunque pueden adoptar las formas de éstas, teniendo especial importancia la autonomía estatutaria. Holanda las regula e incluye dentro de las asociaciones del Código Civil¹⁶⁶, no distinguiendo clases de cooperativas por sectores de actividad. Irlanda, originariamente las considera asociaciones, aunque posteriormente las distingue de las sociedades de personas y de capital, sin existir clasificación por sectores, aunque si existen algunas previsiones según los sectores de actividad.

En otros países se incluyen en el marco de las sociedades mercantiles, como ocurre en Alemania, Bélgica y Luxemburgo. En Alemania la Cooperativa es una sociedad mercantil sujeta a reglas propias, que no se clasifica según la actividad, gozando de una Ley de cooperativas específica. Bélgica las considera sociedades mercantiles incorporadas y reguladas en el Código de comercio¹⁶⁷, sin clasificar según ramos o clases. En Luxemburgo, las cooperativas son una especie dentro de las sociedades mercantiles.

¹⁶⁵ MONTOLÍO, JM : "Legislación cooperativa en la Comunidad Europea" ... *cit.* Presentamos un breve esquema de los expuesto por este autor en las Pág. 1 a 470.

También se resume esta situación en "*La législation en vigueur dans les pays de la Communauté européenne en matière de entreprises coopératives dans la perspective du marché commun*"... *cit.* pág. 45 y ss.

¹⁶⁶ El libro segundo del CC no ha sufrido ninguna modificación en la última de 1-1-1992.

¹⁶⁷ En BÉLGICA, las sociedades cooperativas son consideradas como sociedades comerciales lucrativas, distinguiéndose el objeto del fin de lucro : KINT, J y GODIN M : "*Les sociétés coopératives*". Maison Ferdinand Larcier SA, Bruxelles 1968. Pág. 30.

Se ocupan de ellas como sociedades específicas, España, Francia, Grecia, Italia y Portugal. Francia, Italia y Portugal son los ordenamientos más semejantes al nuestro, en materia de adquisición de propiedad de la vivienda por el socio, por lo que nos referimos a ellos con más detalle. En España existe una regulación general para todas las cooperativas, distinguiéndose clases según la actividad, entre las que se encuentran las de viviendas. En Francia son sociedades con regulación general específica junto a una regulación particular para cada sector cooperativo, entre otros, viviendas, siendo sociedades civiles o mercantiles según cada sector de actividad, y aplicándose formalmente la legislación civil o mercantil y sustancialmente las normas cooperativas. El sistema normativo actual en Francia es múltiple. Está formado por una Ley básica, el Estatuto General de la cooperación aprobado por Ley 47-1775 de 10-9-1947, cuya última modificación se produjo por Ley 92-643 de 13-7-1992, junto a la que se existen normas específicas sobre sectores concretos. La Constitución vigente en Francia (1958¹⁶⁸) no contiene ningún artículo relativo a las Cooperativas. Junto al Estatuto General, y con relación a la constitución, forma y estructura de las Cooperativas, éstas se someten a las reglas de la Ley de 1897 de sociedades de capital variable, en vigor por Ley 66-537 de 24-7-1966. La aplicación de las normas citadas, muy distintas, se produce al plantearse una dualidad, la sustancial cooperativa y la formal societaria. El aspecto cooperativo, esencial en toda sociedad de este tipo, se adaptará a la regulación específica del sector cooperativo correspondiente (viviendas, producción, trabajo...), así como a la general del Estatuto; mientras que los aspectos formales se ajustarán a la norma de 1897, así como a las reglas societarias concretas, civiles o mercantiles, de la opción escogida. El Estatuto de 1947 establece el concepto general abstracto de la

¹⁶⁸ RUBIO LLORENTE, F y DARANAS PELAEZ, M: "Constituciones de los Estados de la Unión Europea".

Cooperativa, que formalmente se verá completado por la regulación de sociedades mercantiles y civiles; y en su esencia, según la clase de Cooperativa que se trate, por la normativa particular de ésta. Salvo aquellas cooperativas sujetas a reglas propias de forma por sus particularidades de naturaleza civil, el resto adoptan la forma de sociedades mercantiles. En la actualidad, las sociedades cooperativas en Francia se apartan de las asociaciones insertándose dentro de las sociedades.

Italia trata las sociedades cooperativas en el Codice Civile y en una ley especial, junto a los cuales existen normas particulares por sectores de actividad (se produce la remisión a otras sociedades). La regulación actual de las Cooperativas en general se recoge en un artículo genérico en la Constitución de 1947, el Codice civile de 1942¹⁶⁹, el Decreto legislativo de 1947¹⁷⁰ también llamado “Ley Basevi”, y las normas particulares de los tipos de cooperativas según los distintos sectores de actividad. Al igual que ocurre en nuestro país, aunque en menor medida, las regiones italianas gozan de algunas competencias en materia cooperativa¹⁷¹.

Barcelona, Ariel 1997.

¹⁶⁹ La regulación de las Cooperativas en el Codice Civile de 1942 se encuentra recogida en el libro quinto “del lavoro”, título VI “delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici”, artículos 2511 a 2545. La regla general respecto a la regulación de los aspectos concretos de organización de las Cooperativas es que se acude a las normas de la “società per azioni”, equivalente a nuestra SA, en lo que sea posible, por aplicación del artículo 2516 del Codice civile (Art. 2516 : “*Alle società cooperative si applicano in ogni caso le disposizioni riguardanti i conferimenti e le prestazioni accessorie, le assemblee, gli amministratori, i sindaci, i libri sociali, il bilancio e la liquidazione delle società per azioni, in quanto compatibili con le disposizioni seguenti e con quelle delle leggi speciali*”). CODICE CIVILE E LEGGI COMPLEMENTARI. CEDAM, Padova 1993. Esta trasposición es criticable porque ambas personas jurídicas son distintas en su funcionamiento

¹⁷⁰ Junto al Codice Civile, regulan la materia cooperativa algunas leyes especiales diversas, como el citado **Decreto legislativo Capo provvisorio dello Stato 14-12-1947, n. 1577** de Disposiciones sobre la cooperación o “Ley Basevi”, modificado sucesivamente por las siguientes normas : Ley 8-5-1949, n. 285, Ley 2-4-1951, n. 302, L. 1-3-1952, n. 113, L. 9-2-1963, n. 131, y Ley 17-2-1971, n. 127 ; y la última Ley 31-1-1992, n. 59 (nuevas normas en materia de sociedad cooperativa).

La norma de 1947 (asi como sus modificaciones posteriores) se ocupa de regular las siguientes materias : en el capítulo I, la vigilancia e inspección de las cooperativas (sujetos, objeto, facultades, gastos, efectos) y de las asociaciones nacionales de éstas por los órganos designados en el Ministerio de Trabajo ; el Registro de Cooperativas en el capítulo II, y las Comisiones provinciales de vigilancia, así como algunas disposiciones generales sobre Cooperativas.

¹⁷¹ Así lo expresa BASSI, A en : “*El derecho cooperativo en Italia*”. CIRIEC, Valencia 1990. También hace referencia a ello MONTOLÍO, JM : “*Legislación cooperativa en la Comunidad Europea*”... *cit*, pág. 358 (según

Portugal tiene un Código cooperativo general junto con una regulación particular de las distintas clases de cooperativas. Éstas son consideradas entidades independientes. Las normas que se refieren a ellas son la Constitución de 1976 (especialmente los artículos 61, 82 y 86), y el Código Cooperativo aprobado por DL 454/80 de 9-10, rectificado posteriormente por DR núm. 261 de 11-11-1980¹⁷², y por el DL 238/81 de 10-8, L 1/83 de 10-1, y DL 230/88 de 5-7¹⁷³. El Código Cooperativo de 1980 sustituye y deroga expresamente el capítulo V del Código de sociedades comerciales, en el cual se aludía a las Cooperativas¹⁷⁴. También se puede citar¹⁷⁵, como norma general, el Estatuto Fiscal de las Cooperativas, DL 456/80 de 9-10. Además de las normas generales, cada categoría o actividad cooperativa cuenta con una legislación específica. La Constitución portuguesa de 1976, revisada en 1982, 1989 y 1992, contiene la más amplia referencia constitucional a las Cooperativas, siempre dentro del ámbito europeo comunitario, en los art. 61 y 65, dentro de los derechos y deberes económicos y sociales, y 82 y 86 de la organización económica¹⁷⁶. El artículo 86 puede ponerse en

este autor, solo tiene competencia legislativa sustantiva en la materia Trentino - Alto Adigio, aunque el resto de las regiones pueden adoptar medidas para fomentar el cooperativismo (Friuli - Venecia Julia, Sicilia, Cerdeña y Valle de Aosta).

¹⁷² CÓDIGO COMERCIAL. CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS. Almedina, Coimbra 1988, pág. 27 y ss.

¹⁷³ CÓDIGO COMERCIAL. CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS. Almedina, Coimbra 1994, pág. 19.

¹⁷⁴ MONTOLÍO, JM: "*Legislación cooperativa en la Comunidad europea*" ... cit, pág. 396. Esta regulación reciente tiene su raíz en la Revolución de 1974, cambio político que se traduce en una expansión del cooperativismo, especialmente el agrario. Sin embargo, según las estadísticas, el cooperativismo de viviendas viene a ocupar el tercer lugar, en la práctica, en 1991.

¹⁷⁵ VITORINO DE QUEIROZ, M: "*Le secteur coopératif au Portugal. Le cadre juridique après la Constitution*", Revue des études coopératives, 1987, núm. 21, pág. 73 y ss.

¹⁷⁶ MONTOLÍO, JM: "*Legislación cooperativa en la Comunidad europea*" ... cit, pág. 403: "*Nos encontramos ante aquella Constitución de entre los países de nuestro entorno europeo que de forma más explícita reconoce y tutela el cooperativismo.*"

Dentro de la parte primera, relativa a los derechos y deberes fundamentales, en su título tercero "de los derechos y deberes económicos", capítulo I "de los derechos y deberes económicos", el artículo 61 reconoce el derecho a la libre constitución de las Cooperativas y a su libre actuación. Este derecho es de directa aplicación según el art. 18.1, vincula a los poderes públicos y entidades privadas, y su infracción implicaría una inconstitucionalidad con la correspondiente sanción. "*Art. 61 (de la iniciativa privada, cooperativa y*

relación con el artículo 129 de la Constitución española de 1978, posterior a la portuguesa, en el que se reconoce y promueve la existencia de Cooperativas. No ocurre lo mismo con los artículos 61 y 65, especialmente el primero de ellos, relativo a los derechos y deberes económicos -aunque no podemos olvidar que el primer borrador de nuestra Constitución pretendía lo mismo-.

El Código Cooperativo de 1980 califica a la Cooperativa¹⁷⁷ como persona jurídica con características concretas, sin manifestarse sobre la discusión doctrinal respecto de la consideración de sociedad, asociación o ente independiente. El problema se plantea especialmente entre los conceptos de sociedad y ente independiente, puesto que la asociación no puede perseguir ningún beneficio o repercusión económica¹⁷⁸. Por lo que

autogestionaria). 1. La iniciativa económica privada se ejercerá libremente dentro del ámbito definido por la Constitución y por la ley, y teniendo en cuenta el interés general. 2. Se reconoce a todos el derecho a la libre constitución de cooperativas, con tal que se observen los principios cooperativos. 3. Las cooperativas desarrollarán libremente sus actividades y podrán agruparse en uniones, federaciones y confederaciones. 4. Se reconoce el derecho de autogestión, en los términos que disponga la ley."

También es interesante aludir a la breve referencia del artículo 65, incluido dentro del capítulo II, "de los derechos y deberes sociales". En este artículo, relativo a la vivienda, se expresa la obligación del Estado de estimulación y apoyo de la creación de cooperativas de vivienda. Hay también otros artículos específicos sobre otros tipos de cooperativas, de enseñanza (art. 75) y agrarias (art. 100). "Art. 65 (de la vivienda). 2. *Corresponde al Estado para asegurar el derecho a la vivienda. b) estimular y apoyar las iniciativas de las comunidades locales y de la población tendentes a resolver los respectivos problemas de vivienda y fomentar la autoconstrucción y la creación de cooperativas de vivienda.*"

En la parte segunda, "de la organización económica", el artículo 82, hace referencia al sector cooperativo dentro de los sectores de propiedad de los medios de producción, concretándose algunas normas relativas a éstas en el artículo 86. "Art. 82 (sectores de propiedad de los medios de producción). 1. *Se garantiza la coexistencia de tres sectores de propiedad de los medios de producción. 2. El sector público... 3. El sector privado... 4. El sector cooperativo y social comprende específicamente : a) los medios de producción poseídos y gestionados por cooperativas, con sujeción a los principios cooperativos, b) los medios de producción comunitarios, poseídos y gestionados por comunidades locales, c) los medios de producción objeto de explotación colectiva por los trabajadores."* "Art. 86 (de las cooperativas y experiencias de autogestión). 1. El Estado estimulará y apoyará la creación de cooperativas, así como su actividad. 2. La Ley determinará los beneficios fiscales y financieros de las cooperativas, así como las condiciones más favorables para la obtención de crédito y auxilio técnico. 3. *Serán apoyadas por el Estado las experiencias viables de autogestión.*"

RUBIO LORENTE, F y DARANAS PELÁEZ, M: "Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea". Ariel, Barcelona 1997, pág. 410 y ss.

¹⁷⁷ "Artículo 2. *Las cooperativas son personas jurídicas, de libre constitución, de capital y composición variables, que tienen por objeto, mediante la cooperación y colaboración de sus socios y respetando los principios cooperativos, satisfacer, sin fines lucrativos, las necesidades económicas, sociales o culturales de éstos, pudiendo además, a título complementario, realizar operaciones con terceros.*" MONTOLÍO, JM: "Legislación cooperativa en la Comunidad europea" ... cit, pág. 1037.

¹⁷⁸ MONTOLÍO, JM: "Legislación cooperativa en la Comunidad europea" ... cit, pág. 399.

se refiere al concepto societario, también en este país se plantean dificultades respecto de su aplicación. Algunos autores manifiestan que *“la cooperativa en la legislación portuguesa es considerada como especie “sui generis”, ni asociación ni sociedad mercantil o civil sino entidad jurídica con carácter y leyes propias. Pero tanto la componente asociativa como la empresarial son tenidas en cuenta en la legislación portuguesa”*¹⁷⁹. Como se ha expuesto, el legislador portugués no se define respecto a la naturaleza de la Cooperativa, a la que califica únicamente como persona jurídica. Respecto a la naturaleza civil o mercantil de las cooperativas tampoco el Código cooperativo alude a ello. Sólo existe alguna remisión a la legislación mercantil de sociedades anónimas para la integración de las normas cooperativas, como así ocurre en el art. 8¹⁸⁰. Se trata, en opinión de algún autor, de una remisión meramente práctica¹⁸¹.

En Grecia se consideran sociedades con regulación propia, de Derecho privado, en defecto de la cual se recurre a la normativa mercantil.

¹⁷⁹ VITORINO DE QUEIROZ, M.: “Le secteur coopératif au Portugal. Le cadre juridique après la Constitution”, Revue des études coopératives, 1987, num. 21, pág. 79.

¹⁸⁰ “Artículo 8. El derecho mercantil, especialmente la legislación referente a las sociedades anónimas constituirá derecho supletorio para la integración de lagunas y para las cuestiones no resueltas por el presente Código y por la legislación complementaria aplicable a los diversos ramos del sector cooperativo.” MONTOLÍO, JM: “Legislación cooperativa en la Comunidad europea” ... cit, pág. 1038.

¹⁸¹ “No constituye un caso aislado en el contexto de la regulación cooperativa ni implica una confusión de naturaleza, sino tan sólo la aceptación de unas soluciones técnicas - que probablemente hayan encontrado su más acabado desarrollo en el ámbito mercantil - del cual se traen al estatuto jurídico cooperativo como mero instrumento y sin otro alcance... Se infiere de todo ello que lo que el legislador quiso fue dotar a las cooperativas de un régimen independiente del establecido para instituciones comparables - en concreto las sociedades - tanto del orden civil como mercantil, pero no con ello se destruye su correspondencia con el núcleo genérico societario... las cooperativas serán objeto directo de una normativa especial (cooperativa y la legislación de los distintos ramos más la legislación complementaria) completada en lo procedente por la legislación mercantil y, muy en concreto, por la establecida para las sociedades anónimas. Todo ello sin perjuicio de la categoría de que adecuadamente participan (societaria) y la naturaleza (propia) que les corresponde.” MONTOLÍO, JM: “Legislación cooperativa en la Comunidad europea” ... cit, pág. 400 y ss.

Por último, algunos países no se ocupan de regularlas en concreto, como Dinamarca en cuyo ordenamiento jurídico quedan sujetas a las normas generales de Derecho de sociedades, adoptando la forma de sociedad que se elija en cada caso.

Esta diversidad fomenta la dificultad de armonización de legislaciones en el ámbito comunitario, lo que puede ser una razón importante e influyente en la redacción del Proyecto de Estatuto de la SCE, que pretende constituir una institución comunitaria y no armonizar las legislaciones de los distintos países europeos. Puede que ello contribuya a la paralización de dicho Proyecto.

Una vez planteada la visión actual de otros ordenamientos jurídicos, también es interesante observar la evolución histórica de las normas cooperativas de otros países, especialmente cercanos al nuestro en esta materia, como son Italia, Francia y Portugal.

La evolución de la legislación cooperativa italiana¹⁸² parte inicialmente, en el Código de comercio, de considerar a las Cooperativas sociedades mercantiles¹⁸³, para posteriormente regular los sectores de actividad en que actúa¹⁸⁴, y acabar manifestando su autonomía dentro del esquema societario¹⁸⁵.

¹⁸² VERRUCOLI, P : "*Per una riforma della società cooperativa*", Riv. Diritto commerciale 1974.1º, pág 1 a 27. De ella VERRUCOLI propugnaba en 1974 su reforma. Este autor hace un estudio básico sobre la evolución de la legislación cooperativa en su país. BASSI, A : "*El derecho cooperativo en Italia*" ... cit. MONTOLÍO, JM : "*Legislación cooperativa en la Comunidad Europea*" ... cit, pág. 307 y ss.

¹⁸³ Código de Comercio de 1882 : Artículos 219 a 228. No ofrecía una noción de las Cooperativas, limitándose a regularlas como tipo autónomo en estos artículos, en los que fija sus características esenciales y se remite, en lo referente a su estructura, a las sociedades mercantiles. En esta época, las Cooperativas se insertan dentro del ámbito de las sociedades mercantiles, lo que permanecerá así hasta el Codice Civile de 1942. En el Código de comercio anterior, de 1865, se hacía referencia a las sociedades mutuas, junto a las mercantiles, pero no se distinguían las Cooperativas.

¹⁸⁴ Desde 1882 hasta 1942 la legislación será dispersa, utilizando la vía de normas particulares para solucionar problemas concretos en los distintos sectores de actividad. Algunas de estas normas siguen vigentes en la actualidad. VERRUCOLI cita, entre otras, la Ley 25-6-1909 n. 422 y el RJ 12-2-1911, que introducen en el ordenamiento italiano una visión de los caracteres propios del movimiento cooperativo, y van a producir una dualidad práctica en las cooperativas, que hoy todavía existe: las sociales y las constituidas en interés de los socios. También se refiere este autor al Texto Único de 28-11-1938 n. 1165 (TU) que regula las de construcción popular y económica, las Cooperativas con contribución pública, y que será analizado en profundidad, en otros capítulos, especialmente aquellos aspectos que pueden afectar a la presente tesis:

Durante los años siguientes hasta nuestros días, estas normas (Codice Civile, Ley de 1947 y legislaciones específicas por sectores) han sufrido sucesivas modificaciones, puntuales, para intentar solucionar problemas concretos. Esta diversidad normativa provoca la existencia de un triple régimen de regulación cooperativa italiana con fuentes diversas, Codice civile, Ley de 1947 y normas especiales por sectores. La Cooperativa se impone como figura jurídica societaria con regulación específica por sus características propias.

La regulación de la materia cooperativa en Francia -inicialmente dentro del sector de producción, de trabajo asociado- surge a finales del siglo XIX dentro del esquema jurídico de la asociación; y ello pese a que la Ley de 24 de julio de 1867 de sociedades por acciones, que posibilita la existencia de sociedades de capital variable -cuyo esquema era más adecuado para las Cooperativas-, optaba por el esquema de

VERRUCOLI, P: *"Per una riforma della società cooperativa"* ... cit, pág 1 a 27. Según BUQUICCHIO la razón de esta regulación sectorial es la necesidad de resolver algunos problemas de derecho privado de la cooperativa, sin entrar todavía en el aspecto público - privado de ésta. Este autor manifiesta la necesidad de regular de modo orgánico y detallado las variadas formas de Cooperativas de construcción de viviendas y ello hace que sea urgente una reforma del sector: BUQUICCHIO, M: *"Disciplina costituzionale della cooperazione. Le cooperative edilizie"*. CEDAM. Padova 1990. Pág. 57-58. El legislador sólo se ha ocupado de los beneficios fiscales de algunas Cooperativas sin dar disposiciones orgánicas para ellas.

¹⁸⁵ La entrada en vigor del Codice Civile de 1942 ha contribuido a una correcta y autónoma configuración y disciplina del fenómeno cooperativo (incluyendo el fin mutualístico cooperativo), aunque inserto dentro del esquema societario. Las Cooperativas se configuran como un nuevo tipo de sociedad, con el esquema de la "società per azioni", pero junto a las sociedades de personas. BUQUICCHIO mantiene que el Codice Civile establece una disciplina autónoma y orgánica de las Cooperativas, modelándola según otras normas societarias, en lo que sea compatible: pero no se trata de una regulación completa, sino escasa (ausencia de definición de Cooperativa, de valoración sobre su carácter público, así como de los resultados económicos finales según los intereses de la Cooperativa); BUQUICCHIO, M: *"Disciplina costituzionale della cooperazione. Le cooperative edilizie"* ... cit, pág. 49 a 53.

Al margen de esta norma, se promulga posteriormente el Decreto legislativo 1577 de 14 diciembre de 1947, que afecta a las Cooperativas en general y regula la intervención administrativa, la estructura del movimiento cooperativo y las competencias de las asociaciones nacionales de representación, asistencia y tutela del movimiento cooperativo. Se trata según BUQUICCHIO de una norma con principios de carácter público, que se ocupa de la organización administrativa, del control estatal, y de los posibles beneficios fiscales: BUQUICCHIO, M: *"Disciplina costituzionale della cooperazione. Le cooperative edilizie"* ... cit, pág. 53..

También en el mismo año, la Constitución de la República de 27 de diciembre de 1947, en su artículo 45 reconoce la función social de la cooperación con carácter de mutualidad y sin fin de especulación privada, sometida al control estatal: *"La Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione private. La legge ne promuove e favorisce l'incremento con i mezzi più"*

sociedades para las Cooperativas. Desde la Ley de Asociaciones de 1-7-1901, aunque la aplicación jurisprudencial tienda a considerarlas asociaciones¹⁸⁶, la doctrina insiste en su carácter societario¹⁸⁷. La evolución posterior a la citada Ley se desarrolla en sectores claves con regulaciones parciales. Habrá que esperar a 1947, año en que surge el primer Estatuto general de la Cooperación, que favorece y confirma la calificación societaria de las Cooperativas¹⁸⁸.

Pueden distinguirse varias etapas en la evolución normativa cooperativa portuguesa¹⁸⁹. La primera fase abarca hasta fines del siglo XIX. La regulación cooperativa portuguesa surge en el siglo XIX, con la Ley de 2-7-1867, también llamada “Ley Basilar o de Andrade Corvo”, segundo texto del mundo sobre Cooperativas después del Reino Unido (1852). La Ley de 1867 contiene reglas generales sobre las cooperativas, junto con normas específicas sobre algunas clases de éstas, en concreto el artículo 14¹⁹⁰ que se refiere a las de construcción. Durante este siglo, al igual que hemos visto en nuestro país, la evolución del cooperativismo está ligada a los movimientos asociativos

idonei e ne assicura, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità.” CODICE CIVILE E LEGGI COMPLEMENTARI. CEDAM, Padova 1993 pág. XLI.

¹⁸⁶ PLANIOL, M y RIPERT, G : “Traité de Droit Civil Français”. Tomo XI, contrats civils. LGDJ, Paris 1954, ág. 365-367, recogen las diversas variantes. Mientras algunos autores siguen considerando que son asociaciones, que pueden optar por denominarse cooperativas, para lo cual deben cumplir los requisitos del Estatuto de 1947, o pueden ser asociaciones sin adoptar esta denominación ; otros consideran, por el contrario, que en base a la unidad aportada por el Estatuto de 1947 debe entenderse que son sociedades.

¹⁸⁷ Opiniones recogidas en COLIN, A y CAPITANT, H : “Cours élémentaire de Droit Civil Français”. Tomo II. Dalloz, Paris 1953. Pág. 766

¹⁸⁸ Así se manifiesta la doctrina : MONTOLÍO, JM : “Legislación cooperativa en la Comunidad Europea” ... *cit*, pág. 197 y ss ; PLANIOL, M y RIPERT, G : “Traité de Droit Civil Français”... *cit*, pág. 241-242 : “las Cooperativas, en lo sucesivo integradas en las sociedades por la Ley 10-9-1947 que ha confirmado, en contra de la jurisprudencia, una serie de normas particulares tendentes a procurar a sus miembros la ventaja negativa de reducción de gastos.” Esta norma tiene su base en que después de la segunda guerra mundial el cooperativismo goza de un impulso político y sindical.

¹⁸⁹ FERREIRA DA COSTA, F : “Le coopératisme au Portugal”. Revue des études coopératives, 1978, pág. 40 y ss. FERREIRA DA COSTA, F : “Étude bibliographique de la coopération au Portugal”. Revue des études coopératives, 1979, pág. 51 y ss. VITORINO DE QUEIROZ, M : “ Le secteur coopératif au Portugal. Le cadre juridique après la Constitution”. Revue des études coopératives, 1987, núm. 21, pág. 73 y ss.

¹⁹⁰ FERREIRA DA COSTA, F : “As cooperativas na legislação portuguesa”. Lisboa 1976, pág. 67. En este artículo 14 se determina el contenido que debe observarse en los Estatutos de la cooperativa.

(inicialmente al Código administrativo de 1942 sobre asociaciones). La primera fase de la regulación cooperativa se inicia con la Ley de 1867 dictada en un período de liberalismo económico con base en la historia cooperativa portuguesa, de antigua tradición. Las primeras cooperativas se crean durante los años siguientes. Posteriormente a dicha ley, el Código de comercio de 1888¹⁹¹ establece normas específicas sobre las cooperativas, incluyéndolas en las sociedades comerciales. Durante los primeros años del siglo XX, hasta la segunda guerra mundial¹⁹², se producen las primeras traducciones al portugués de doctrina cooperativa, siendo un período importante para la difusión de las ideas cooperativas. Incluso la década de los 50, llamada “*década de oro del cooperativismo*”, es especialmente importante para el desarrollo de este movimiento. Desde este momento hasta 1974 se va fraguando la decadencia de la figura, influenciada por la realidad política del momento, de fuerte intervencionismo administrativo. A raíz de la revolución de 1974 nos encontramos con

¹⁹¹ FERREIRA DA COSTA, F.: “*As cooperativas na legislação portuguesa*” ... *cit.*, pág. 75. El capítulo V del título II, libro II, constituido por los artículos 207 a 223, contiene reglas más generales que las de la Ley Basilar.

¹⁹² VITORINO DE QUEIROZ, M.: “*Le secteur coopératif au Portugal. Le cadre juridique après la Constitution*”, *Revue des études coopératives*, 1987, núm. 21, pág. 73 y ss. distingue los siguientes momentos.

Desde 1888 hasta 1901 algunos problemas, como la mecanización de las empresas, la monopolización, el incremento del paro, la disminución de los salarios..., provocan la multiplicación de las cooperativas. Durante estos años tiene lugar el primer congreso cooperativo en Portugal.

De 1901 a 1910 se presentan algunas dificultades, con la correspondiente crisis de la figura cooperativa por la asimilación de las cooperativas a las Sociedades anónimas.

De 1910 a 1926, durante la primera república portuguesa, se observa un excesivo paternalismo, más oficial que real. Además, durante este período, marcado por la Ley Brito Camacho - Decreto de 1-3-1911-, entran en vigor las Leyes sobre casas baratas o económicas, con beneficios en su construcción por las Cooperativas (regulación similar a la española de esta misma época). FERREIRA DA COSTA, F.: “*As cooperativas na legislação portuguesa*” ... *cit.* El autor recoge las normas sucesivas sobre la materia de 1918, 1928, 1935... Especialmente interesante es la de 1928, D. 16055 de 22-10-1928, muy similar a nuestras Leyes sobre casas baratas y económicas.

un resurgimiento de las cooperativas -entre otras las de construcción inmobiliaria¹⁹³, destinadas a la construcción o servicios de apoyo a ésta-.

3.3. Organismos internacionales: Alianza Cooperativa Internacional y Organización internacional del Trabajo.

Al margen de las normas de Derecho comparado de cada país, también son interesantes y necesarias, como normas de derecho objetivo, los principios cooperativos establecidos por las organizaciones internacionales, especialmente por la ACI¹⁹⁴, aunque ni la LGC los incluía detalladamente dentro de su contenido¹⁹⁵, ni tampoco la LC actual hace referencia a ellos en el concepto, salvo en general, pese a que ha existido alguna enmienda favorable a su inclusión¹⁹⁶. Los principios son citados en la Exposición de motivos, que los tiene en cuenta de forma expresa y concreta.

La ACI goza de unos Estatutos en que se recoge el concepto de cooperativa que se pretende instaurar a nivel internacional. Se alude a la asociación, organización y comunidad desde el punto de vista de la empresa, “cualquiera que sea su forma”, aunque en muchas legislaciones se la califique de sociedad, asociación, sociedad

¹⁹³ FERREIRA DA COSTA, F: “As cooperativas na legislação portuguesa” ... cit, pág. 437. Cita este autor el DL 730/74 de 20-12-1974 sobre cooperativas de construcción.

¹⁹⁴ PRIETO GUTIERREZ, G en PENDÁS DÍAZ, B; GARCÍA ESCUDERO, P; ALONSO SOTO, F; PRIETO GUTIERREZ, G: “Manual de Derecho Cooperativo” ... cit, pág. 21. Alianza Cooperativa Internacional que nace en Inglaterra , en 1895, con el fin de relacionar las federaciones nacionales y estudiar y difundir los principios cooperativos, y cuya evolución se fomenta mediante Congresos sucesivos, entre otros, los celebrados en Hamburgo en 1910, Bruselas en 1921, París en 1937, Viena en 1966, Moscú en 1980, y por último, Manchester en 1995 (“Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la identidad cooperativa. Los principios cooperativos”. ACI, INFES, COCETA, 1996.)

¹⁹⁵ Éste es el criterio del TS recogido por VICENT CHULIÀ, F: “Compendio crítico de derecho mercantil”. Tomo I, vol. 2º. Bosch, Barcelona 1991, pág. 1020. La referencia del art. 1 de la LGC es general, sin particularizar dichos principios.

¹⁹⁶ En el Congreso, la enmienda 186: BOCG de 17-11-1998. Congreso de los diputados. Serie A. nº 125-7. En el Senado, la Enmienda 31, pretende la inclusión de dichos principios en la Exposición de motivos; y la enmienda 21, pretende la inclusión de éstos en el artículo primero de la Ley: BOCG de 22-4-1999. Senado. Serie A. nº 136-c.

mercantil¹⁹⁷. Los principios establecidos por la ACI son la base jurídica para la interpretación de la institución cooperativa. Así el art. 8º de los Estatutos de la ACI puestos al día en el Congreso de Viena de 1966 (congreso XXIII) mantenía las ideas de sociedad, asociación y empresa¹⁹⁸. La última redacción de estos se elaboró en Manchester en 1995, incluyendo los principios de adhesión voluntaria y abierta, gestión democrática por los socios, participación económica de los socios, autonomía e independencia, educación formación e información, cooperación entre cooperativas e interés de la comunidad¹⁹⁹; y elaborando una nueva definición de Cooperativa como definición de mínimos: “*asociación autónoma de personas que se han unido de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática*”²⁰⁰. Se consideran valores cooperativos la autoayuda, autorresponsabilidad, democracia, igualdad, equidad y solidaridad²⁰¹.

¹⁹⁷ VICENT CHULIÁ, F: “*Las empresas mutualísticas y el Derecho Mercantil en el ordenamiento español*”... cit, pág. 119.

¹⁹⁸ “*Será considerada como sociedad cooperativa, cualquiera que sea su estatuto jurídico, toda asociación de personas o de sociedades que tengan por finalidad el progreso económico y social de sus miembros mediante la explotación de una empresa sobre la base de ayuda mutua y que se conforme a los Principios Cooperativos, tal como fueron definidos por los Pioneros de Rochdale y reformulados por el XXIII Congreso de la ACT*”.

¹⁹⁹ Como recoge MORALES GUTIERREZ, AC: “*Ineficiencias del mercado y eficacia de las Cooperativas*”. CIRIEC, INFES, Madrid 1997, pág. 1 y ss: No cambian de contenido, aunque sí se reformulan, los principios de puerta abierta, la democracia en la participación, la participación económica de los socios y la intercooperación social y económica. Se modifica el principio de educación y formación, y se añaden el de autonomía e independencia y el interés por la comunidad. No se recogen el principio mutualista, de exclusividad, homogeneidad, y la neutralidad ideológica.

Desarrollo de los principios en: “*Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la identidad cooperativa. Los principios cooperativos*”... cit. En ella se hace referencia a algunos temas especialmente interesantes como la historia de los principios y valores de la ACI, la relación de las Cooperativas con el sector privado y sus especialidades tanto económicas como sociales, y la previsión de futuro para el fomento de las mismas.

²⁰⁰ “*Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la identidad cooperativa. Los principios cooperativos*”... cit, pág. 32 y ss.

²⁰¹ “*Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la identidad cooperativa. Los principios cooperativos*”... cit, pág. 37 y ss.

En materia cooperativa debe tenerse en cuenta también la Recomendación 127 de la OIT, que se ocupa de la materia. Se trata de la “*Recomendación sobre el papel de las cooperativas en el progreso económico y social de los países en vías de desarrollo*”, dictada en la sesión de 1-6-1966, que alude a las cooperativas con los términos de empresa y asociación²⁰². Dentro de los métodos que se proponen y recomiendan (económicos, financieros, técnicos, legislativos y de otro carácter) se dedica un apartado especial a la legislación y al concepto de cooperativa²⁰³. También en el ámbito iberoamericano existen organizaciones cooperativas interesantes²⁰⁴.

3.3.4. Crisis de la persona jurídica y sustrato cooperativo.

Del estudio de normas vigentes cooperativas, o no específicamente cooperativas que aluden a éstas, puede destacarse su admisión como sociedades independientes, sin olvidar la esencia asociativa. Por lo que se refiere al Derecho comparado sobre la materia, las opciones son múltiples, asociaciones, sociedades..., por lo que sólo en algún caso pueden ser útiles, como ocurre con la visión asociativa esencial, civil o mercantil según la actividad, y societaria por la forma. En mi opinión la evolución de las Cooperativas responde a la idea permanente de diferenciarlas de otras personas jurídicas, inicialmente de las asociaciones, y posteriormente de otras sociedades, civiles o mercantiles, distinción que, aunque pendiente del siguiente apartado, parece lógica,

²⁰² PAZ CANALEJO, N: “*La Constitución y las Cooperativas*”... cit, pág. 92.

“12. 1.A) ...Una asociación de personas que se agrupan voluntariamente para lograr un objetivo común mediante la formación de una empresa controlada democráticamente, que aportan una cuota equitativa del capital que se requiere y aceptan una justa parte en los riesgos y beneficios, y en cuyo funcionamiento los socios participan activamente.”

²⁰³ Se está hablando de una legislación especial aplicable a las cooperativas, que debería comprender, entre otros puntos, una definición de cooperativa y sus caracteres esenciales, manteniéndose la idea de asociación que constituye una empresa para lograr sus objetivos. Los ámbitos concretos sobre los que la OIT quiere actuar son, la legislación, educación y formación, ayuda financiera y administrativa, control y colaboración internacional entre los Estados miembros.

²⁰⁴ PRIETO GUTIERREZ, G en PENÍAS DÍAZ, B; GARCÍA ESCUDERO, P; ALONSO SOTO, F; PRIETO GUTIERREZ, G: “*Manual de Derecho Cooperativo*”... cit, pág. 22.

por sus especiales características. Esta discusión sobre su calificación ha provocado confusión, y no ha favorecido el estudio de las Cooperativas sino más bien su olvido. A ello se añade que el legislador se ha ocupado de extender las normas societarias a este tipo de entidades, olvidando en algún caso la especialidad de las mismas. En tal sentido no puede olvidarse la base asociativa de la Cooperativa, como reunión de fines particulares en un fin común, los principios cooperativos propios y su específica regulación. Tampoco puede ignorarse la propia evolución legislativa de la Cooperativa, con clases diversas, y las especialidades de cada una de ellas. Puesto que no parece fácil llegar a explicar con detenimiento la situación jurídica de la Cooperativa, hemos considerado útil volver la vista hacia la persona jurídica en general, su evolución y situación actual, las crisis sufridas, y la influencia que ello pudiera tener en las Cooperativas. La evolución de la doctrina de la persona jurídica, influida en exceso por la Sociedad Anónima especialmente en materia de Cooperativas, ha contribuido a confundir al legislador y a la doctrina. Se ha producido una evolución tendente a la abstracción, que ha provocado una pérdida de la visión de conjunto y de la realidad social subyacente. A ello ha contribuido, en opinión de DE CASTRO, la crisis de la Sociedad Anónima que ha influido y ampliado el concepto de persona jurídica hasta un punto tan absoluto que llega a debilitarse éste. Las Sociedades Anónimas fueron consideradas inicialmente como personas jurídicas tipo asociación, con un sustrato material que no puede olvidarse, la comunidad de los socios sobre su objeto, que por la personalidad jurídica formal pertenece a la propia SA. La evolución de las SA tiende a olvidar su sustrato asociativo, separándose de los socios y creciendo artificialmente

como persona jurídica, persiguiendo la irresponsabilidad de sus miembros y de los gestores²⁰⁵.

Esta crisis y hermetismo de la Sociedad Anónima se observa también respecto de la persona jurídica en general, cuyo concepto se ve deformado y empleado para otros entes, prescindiéndose de la idea de sustrato, de carácter asociativo y fin propio²⁰⁶.

Como muestra de lo anterior, DE CASTRO expresa y analiza la actual doctrina sobre el levantamiento del velo²⁰⁷, aplicada por nuestra jurisprudencia y doctrina, fórmula para evitar los efectos perjudiciales de la abstracción frente a terceros. Incluso las Sociedades Anónimas, máxima expresión de la abstracción de la personalidad jurídica, admiten la existencia de dos ámbitos: interior en el que se produce la formación de la voluntad de la persona jurídica por la decisión mayoritaria de sus miembros junto con la libertad de los órganos rectores, y exterior en el que la personalidad de la SA excluye a los socios²⁰⁸.

²⁰⁵ DE CASTRO, F: *"La persona jurídica"*, Civitas, Madrid 1984, pág. 27 y 29. Los privilegios unidos a la SA, se contienen en la pág. 63 y ss: limitación de responsabilidad, autonomía normativa, poder familiar o económico importante. Aconseja el autor, en pág. 70 y ss, una reforma de las SA tendente a mantener algunos de sus criterios básicos (socios, administración, capital, responsabilidad entre otros), sin olvidar la realidad asociativa de pluralidad de voluntades.

²⁰⁶ DE CASTRO, F: *"La persona jurídica"*... cit, pág. 230.

²⁰⁷ DE CASTRO, F: *"La persona jurídica"*... cit, pág. 117 y ss. El autor recoge las opiniones de DAVÍD, R, que aunque realmente deban aplicarse a la relación de la persona jurídica con terceros y no respecto de sus propios socios como pretende DAVÍD, son una muestra de la base de esta doctrina: *"el asociado no es un tercero respecto de la sociedad, los bienes sociales no son respecto de él (del asociado) bienes de otro, en los casos de grupos de personas que contienen miembros, son estos miembros, personas físicas, los que el Derecho debe tener en cuenta en todo respecto cuando se trata de elaborar o aplicar reglas."* El levantamiento del velo como solución y ruptura del hermetismo de la persona jurídica, del cierre de la vida interna frente a terceros, en nuestra jurisprudencia se analiza en las pág. 245 y ss. Este autor cita expresamente, entre otras personas jurídicas en las que se puede plantear la ruptura del hermetismo, a las Cooperativas *"en las que el fin cooperativo es aparente y que se constituyen para esquivar impuestos o para dominar una rama de la industria o del comercio"* (pág. 249).

²⁰⁸ DE CASTRO, F: *"La persona jurídica"*... cit, pág. 216.

Esta referencia no significa que propugnemos como solución general la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo que, como afirma DE ÁNGEL YAGÜEZ²⁰⁹, sólo debe admitirse en casos fraudulentos o abusivos, o de enriquecimiento injusto que violente el principio de equidad, es decir en supuestos excepcionales²¹⁰. Sin embargo, lo anterior nos permite descubrir que un nuevo ejemplo de la crisis de la persona jurídica podría producirse si no se tiene en cuenta la realidad cooperativa y sus diversos aspectos, y se pretende identificar a las Cooperativas con las sociedades de capital y con las mercantiles en general, con una abstracción absoluta que olvide su sustrato asociativo, de unión de intereses de sus miembros y sus diferentes actividades...

Hay que dar un paso más respecto de la persona jurídica en general, y las Cooperativas en particular, que contemple el sustrato real de las mismas. Así lo ha entendido la ACI (Alianza Cooperativa Internacional) en su último Congreso, celebrado en Manchester en 1995²¹¹. Con ello se contribuiría a aportar claridad a la confusión respecto de la

²⁰⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R: *"La doctrina del "levantamiento del velo" de la persona jurídica en la jurisprudencia"*. Civitas, Madrid 1997. El autor recoge sentencias favorables a la cautela en la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo –pág. 255 y ss-, aunque también hay otras que no requieren dichos requisitos de fraude o abuso –pág. 262-, o en las que basta el enriquecimiento injusto. Además, como recuerda en pág. 43 y ss, no debe olvidarse que esta doctrina es fruto de irregularidades –sin que pueda elaborarse *"un catálogo de fenómenos"*, aunque la doctrina elabore un elenco de casos tipo-, *"es un producto sobrevenido de la dinámica de la realidad; dicho en otros términos, situaciones en que ese fenómeno es un resultado, no un objetivo de la constitución del ente."* Opina, en la pág. 65, que podría haberse optado por aplicar simplemente figuras legales existentes en nuestro ordenamiento, como el abuso de derecho, el fraude de Ley, el fraude de acreedores, la equidad, la buena fe.

²¹⁰ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R: *"La doctrina del "levantamiento del velo" de la persona jurídica en la jurisprudencia"*... cit, pág. 285 a 294. Cita el autor dos sentencias de Cooperativas, no de viviendas, sino agrícolas y de crédito, en las que el TS aplica la doctrina del levantamiento del velo, en base del abuso de derecho cometido al actuar mediante dos Cooperativas, una agrícola y otra de crédito, que realmente son una (en base a pruebas de confesión, testifical, pericial, caligráfica, documental y de identidad de órganos de gestión)–STS 16-7-1987 (Ar. 5795, Juris. Civ. 494)-; y en base a la actuación contraria a la equidad y la buena fe, fraudulenta y de abuso de derecho por constituir una sección de crédito de la Cooperativa agrícola matriz (con identidad en dirección, trabajadores...), y eludir responsabilidad por la actuación de la sección alegando que son dos Cooperativas distintas –STS 5-10-1988 (Ar. 7381, Juris. Civ. 712).

Nos planteamos que esta doctrina podría aplicarse a los casos de actuación de empresa gestora que incurra en conductas defraudatorias o abusivas en la utilización de la Cooperativa, aunque en la práctica todavía no ha existido ningún caso.

²¹¹ *"Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la identidad cooperativa. Los principios cooperativos"*... cit. Así lo recoge MORALES GUTIÉRREZ, A.C: *"Ineficiencias del mercado y eficacia de las Cooperativas"*, CIRIEC España-INFES 1996, pág. 20; la Cooperativa es *"una asociación voluntaria autónoma de*

relación jurídica entre la Cooperativa y el socio, ocasionada por varias causas: la evolución de la persona jurídica, en la que las Cooperativas, inicialmente, eran asociaciones; se evitó continuar con la denominación asociaciones por razones políticas obvias, perdiéndose el sustrato de éstas; se consideraron sociedades a todos los efectos, al margen de la realidad subyacente. En nuestro ordenamiento también se plantea lo anterior, al menos esta es una de las reflexiones deducidas del foro político de elaboración de la Ley de Cooperativas de 1999.

III. LA COOPERATIVA, persona jurídica: la visión de la doctrina.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

En la actualidad lo único indudable es la calificación de la Cooperativa como persona jurídica, fruto de la evolución histórica de la misma²¹², y su regulación específica. La certeza absoluta de lo anterior no puede afirmarse, sin embargo, respecto del tipo de persona jurídica que se trata. La discusión se ha planteado desde el inicio de los estudios sobre la materia, y sigue abierta aún, en los siguientes términos, asociación o sociedad, con carácter civil o mercantil, y ello pese a la denominación empleada por la LC de 1999, “cooperativa, sociedad cooperativa” –ya prevista en la LGC de 1987-.

personas que se han unido de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática... empresa humana, la empresa personalista por excelencia en contraposición a las capitalistas... Las Cooperativas son organizaciones autónomas de autoayuda, gestionadas por sus socios. Si firman acuerdos con otras organizaciones, incluidos los gobiernos, o si consiguen capital de fuentes externas, lo hacen en términos que aseguren el control democrático por parte de sus socios y mantengan su autonomía cooperativa”. En relación a la participación económica de los socios, se afirma que “los socios contribuyen equitativamente al capital de sus cooperativas y lo gestionan de forma democrática. Al menos una parte de los activos es por regla general, propiedad común de la cooperativa. Normalmente reciben una compensación, si la hay, limitada sobre el capital entregado para ser socio.

²¹² Perfilada en la actualidad en los términos del art. 7º de la LC de 1999: personalidad jurídica que precisa, necesariamente, para ser adquirida la escritura pública de constitución y la inscripción de la misma en el Registro. Se refería a ella el antiguo art. 6º de la LGC 1987.

Originariamente, como puede deducirse de la evolución legislativa que hemos analizado, la Cooperativa surge como asociación. Esta opción ha ido evolucionando de forma compleja, concretándose en un tipo de asociación privada de interés privado o particular que no consiste en un ánimo de lucro, sino en el fin común perseguido por los cooperativistas.

Junto a esta posibilidad, aunque de aparición más tardía, se fue planteando la pertenencia de las Cooperativas al grupo de las sociedades, opción cada vez más aceptada por la propia evolución legislativa y práctica de las Cooperativas, que las acerca e identifica con aquéllas, especialmente en sus características formales, y teniendo en cuenta que son entidades de interés privado o particular. Con relación a esta segunda opción la doctrina disiente, y además discrepa sobre su consideración como materia mercantil, civil o independiente. Surge, más recientemente, la afirmación del carácter independiente y autónomo de las sociedades cooperativas, que es llevado al extremo pretendiendo la independencia de la propia materia cooperativa.

Como opciones posibles pueden resumirse las siguientes²¹³.

Las Cooperativas entendidas como asociaciones con legislación especial, por la ausencia de lucro de las mismas, a la que supletoriamente se aplican las normas societarias, en opinión de Capilla²¹⁴. La idea de asociaciones reguladas por leyes especiales es ofrecida por Puig Brutau, y Puig i Ferriol²¹⁵.

²¹³ Un planteamiento claro de las diversas tendencias doctrinales lo ofrece LLOBREGAT HURTADO, aunque se centra en su consideración como sociedad, y las posturas al respecto, con o sin lucro. LLOBREGAT HURTADO, M^a L.: *"Mutualidad y empresas cooperativas"*... cit, pág. 156 y ss.

²¹⁴ En nota a pie 17.

²¹⁵ Así, PUIG BRUTAU, J: "Compendio de Derecho Civil". Tomo I. Bosch, Barcelona 1987, pág. 277 y 286, al diferenciar las asociaciones de interés particular, sociedades civiles y mercantiles, de asociaciones en sentido estricto regidas por la L.A. a excepción de las que excluye en el art. 2 que rigen por Leyes especiales. PUIG FERRIOL, L. en PUIG BRUTAU, J: "Fundamentos de Derecho Civil". Tomo I. vol. I. Bosch, Barcelona 1979, pág. 701 y ss. Se refiere a ellas como asociaciones reguladas por Leyes especiales, excluidas por el artículo 2. 4 de la L.A. Sin embargo, en la pág. 693 y ss, al referirse a las asociaciones y sociedades, manifiesta que las

Las Cooperativas son sociedades con un fin privado y particular, al margen de que éste no sea lucrativo (Albaladejo²¹⁶, Lacruz²¹⁷), por la amplitud del interés particular. A raíz de la revisión de concepto de sociedad realizada por Girón²¹⁸, se proclama, por los que admiten el concepto amplio de sociedad, entre otros Paz-Ares²¹⁹, la inclusión de las Cooperativas dentro de las sociedades, al margen del ánimo de lucro.

Muchos autores admiten un concepto amplio de sociedad, e incluyen en él a las Cooperativas, afirmando además que son sociedades lucrativas en el sentido de los artículos 1665 del CC y 116 del C de c. Las ventajas de los socios son beneficios lucrativos. A favor de esta opinión se decantan Vergez²²⁰, Valdés dal-re, Sánchez Calero²²¹. Una variante de esta teoría la ofrece Uría²²², que afirma que las Cooperativas son sociedades por la amplitud del concepto de lucro, dentro del que se incluye cualquier beneficio positivo o cualquier ventaja, como la disminución de gastos de los socios cooperativos. También las considera sociedades Llobregat Hurtado, aunque con

primeras tienen un fin personal o extrapatrimonial distinto del económico, y las segundas un fin de lucro o ventaja económica de cualquier tipo.

²¹⁶ En nota a pie 19.

²¹⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, J. revisa y pone al día LACRUZ, J.L.: "Elementos de Derecho Civil I". Vol. 2 Redactado por LACRUZ, SANCIO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS. Vol. 2". Dykinson, Madrid 1998, pág. 261 y 271. Las Cooperativas son sociedades legalmente, aunque son asociaciones en sentido estricto, sin lucro.

²¹⁸ GIRÓN TENA, J.: "*Derecho de sociedades*"... cit, pág. 100 y ss. Este autor proclama que la evolución de la legislación tiende a su consideración como sociedades, y además a que sean mercantiles por razón de la forma, por ser una empresa.

²¹⁹ PAZ-ARES, C.: "*Comentarios al Código Civil*"; art. 1665 y ss., tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1299 y ss. —las citas de la colección de comentarios al CC del Ministerio de Justicia son siempre completas, para evitar confusión con Comentarios, Edersa.

²²⁰ VERGEZ SÁNCHEZ, M.: "*El derecho de las cooperativas y su reforma*". Civitas, Madrid 1973, pág. 78. Para la autora son sociedades mercantiles. Posteriormente, en comentarios a STS, reitera el carácter especial de la relación societaria, no bilateral, aplicable a las Cooperativas como sociedades; manifestándose a favor de la aplicación de sus propias normas, y los instrumentos jurídicos que prevén, y no las civiles; VERGEZ SÁNCHEZ, M.: "*Comentario a la STS de 27-1-1984*", en C.C.J.C núm. 4, pág. 1292 y ss.

²²¹ SÁNCHEZ CALERO, F.: "*Instituciones de Derecho Mercantil*". Mc Graw Hill, Madrid 1998, pág. 210 y ss. Estima que son sociedades, pero no mercantiles.

²²² URÍA, R.: "*Derecho mercantil*". Marcial Pons, Barcelona 1998 pág. 174 y ss.

causa mutualista y no lucrativa²²³. Admitiendo la amplitud del concepto de sociedad, Llobregat Hurtado se adhiere a la calificación de las Cooperativas como sociedades, caracterizadas por el fin mutualista y no lucrativo.

En esta órbita, otros autores plantean la diversidad y distinción respecto de las sociedades por su causa, la mutualidad, que es incompatible con el lucro, esencial en el concepto de sociedad. La Cooperativa sería un “tertium genus”, ajena a la sociedad y a la asociación. Precursor de esta tesis es Vicent Chuliá²²⁴.

Vistos los planteamientos anteriores y las discrepancias doctrinales sobre la materia, se analizará, en primer lugar, si puede o no afirmarse que la Cooperativa sea una sociedad; y en el supuesto de admitirse que lo sea, deberá resolverse de que tipo y ámbito, mercantil, civil o independiente. En caso negativo, deberá acudir a la asociación. En defecto de su calificación societaria o asociativa podríamos situarnos ante una figura independiente y distinta.

2. LA COOPERATIVA: ¿sociedad o asociación?

La consideración de las Cooperativas como asociaciones o sociedades es un tema inicial y básico, respecto del cual se manifiestan en uno u otro sentido los estudiosos de la persona jurídica en general, sobre la base de la regulación de la materia y sus opiniones sobre la misma. En la actualidad, aunque ambas posibilidades se han planteado como excluyentes, no deben entenderse así porque parten de distintos puntos de vista; lo que ha dado lugar a una diversidad surgida, además, por la proyección cada

²²³La causa mutualística de las Cooperativas las aleja de las asociaciones, con fines no lucrativos, y de las sociedades mercantiles que persiguen un beneficio repartible: LLOBREGAT HURTADO, M^a L: “*Mutualidad y empresas cooperativas*”... *cit.*, pág. 156 y ss.

²²⁴VICENT CHULIÁ: “*Análisis crítico del nuevo Reglamento de cooperación...*”... *cit.*, pág. 460 y ss. VICENT CHULIÁ, F: “*Las empresas mutualísticas y el Derecho Mercantil en el ordenamiento español*”... *cit.*, pág. 75 y ss. VICENT CHULIÁ, F: “*Introducción al Derecho Mercantil*”, Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pág. 181 y 497: se admite su calificación legal como sociedad desde un concepto de sociedad amplio, frente al estricto basado en el lucro, y no admite que sea mercantil.

vez mayor de figuras como la Cooperativa, que no encajan en la visión tradicional de las personas jurídicas. Vamos a estudiar dichas posibilidades. El derecho de personas jurídicas en general puede observarse desde dos planteamientos, según el fin de las mismas, que sitúa a la asociación como género, y la sociedad como especie de éste, o en otro sentido, en base a las teorías más modernas sobre la materia, la admisión de un criterio estructural que distingue las sociedades personalistas de las estatutarias o asociaciones. En cada caso, aplicando ambas doctrinas por separado, intentaremos concluir cual puede ser la situación de la Cooperativa, según el criterio admitido²²⁵. Las teorías que deben tenerse en cuenta difieren, tanto en el criterio que emplean, como en el concepto de sociedad del que parten. En la actualidad, encabezan ambas, Paz-Ares (aunque el concepto amplio de sociedad lo aportó Girón Tena, procedente del Derecho comparado), y Capilla, que ha investigado profundamente la materia. Además otros autores adoptan posiciones intermedias, teniendo en cuenta uno u otro criterio.

2.1. Teoría tradicional: Concepto estricto de sociedad. Las Cooperativas como asociaciones de interés particular no societarias.

Los partidarios de la teoría tradicional entienden que las personas jurídicas deben ordenarse en función de su fin, lo que nos sitúa ante las sociedades como entidades con fin de lucro, diferentes de las asociaciones. En este sentido no se muestran conformes con admitir un concepto amplio de sociedad, sino que ésta permanece caracterizada por el ánimo de lucro como elemento esencial²²⁶. En este concepto de sociedad no tienen

²²⁵ La existencia de una legislación específica sobre Cooperativas no obvia el problema de la interpretación de la misma y los supuestos de analogía en defecto de norma específica. Sin embargo, como veremos, la solución que se adopte no influye sobre el orden de fuentes que debe considerarse, que en ambos casos lleva a soluciones similares. El resultado al que se llega respecto al orden de fuentes legales aplicables a las Cooperativas es idéntico en ambos casos, aunque partan de hipótesis diferentes.

²²⁶ Se centran estos autores en la sociedad civil, y afirman que ésta precisa, como elementos esenciales, la aportación, que configura el patrimonio social, y el ánimo de lucro.

cabida las Cooperativas. La aplicación de esta teoría, contraria a la extensión excesiva del concepto de sociedad, lleva a considerar a las Cooperativas como asociaciones. Por supuesto esta teoría ha evolucionado, matizando que las asociaciones de interés particular pueden ser lucrativas o no, lo que permite admitir otros intereses que no sean públicos o generales como es el de las Cooperativas, que se incorporarían a las asociaciones privadas de interés particular, no societarias²²⁷. También se ha entendido que su calificación como personas jurídicas de interés particular y privado no lucrativo, no significa que no sean aplicables a ellas las normas societarias²²⁸. Incluso, dentro de esta visión tradicional en función del fin, el concepto de lucro como esencia de la sociedad ha sido suavizado por la doctrina, no aceptándose como nuclear, lo que lleva a admitir sociedades sin lucro como las Cooperativas, sin prescindir del criterio tradicional del fin en las personas jurídicas. Además, si se admite la existencia de ánimo de lucro amplio²²⁹ en las Cooperativas (entendido el lucro en sentido amplio, lo que

²²⁷ CAPILLA RONCERO, F: "Comentarios al Código Civil..."art. 1695 y ss., cit, pág. 9. No todos los autores están de acuerdo en elaborar un concepto amplio de sociedad que incluya las civiles, mercantiles y cualesquiera uniones de personas con fin patrimonial, alegando que la unificación del Derecho Privado en materia de contratos no es solución al problema, que en cada caso debe conllevar soluciones legislativas no teóricas. Si admiten estos autores que pueda ser útil en supuestos de "*agrupaciones de personas que no persiguen como fin el lucro en sentido propio, sino una mayor economía u otros semejantes*". El Derecho aplicable a las Cooperativas, como personas jurídicas, será, ordenadamente, además de sus Estatutos y normas fruto de la autonomía de la voluntad, la LC, las normas sobre asociaciones en general (que son más bien políticas) y las normas sobre sociedades, en lo que sea compatible.

²²⁸ ALBALADEJO, en nota a pie 19 y 14. Creemos que es cierto que el artículo 36 del CC prevé que las asociaciones de interés particular se rijan por las disposiciones del contrato de sociedad, "*según la naturaleza de éste*", lo que no significa que las sociedades sean las únicas asociaciones de interés particular, ni que sus normas sean excluyentes.

²²⁹ Como institución empresarial con ánimo de lucro subjetivo, que las diferencia de las asociaciones sin ánimo de lucro, lucro que depende del factor trabajo y consumo y no del capital, y manteniendo su especialidad de entidades de carácter mutualista, las entiende DE SALAS MURILLO, S: "*Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho Español*"... cit, pág. 235 y ss. En la pág. 253 y ss manifiesta que "*se alejan de las asociaciones sin ánimo de lucro, pues partiendo de una base asociativa, presentan un rasgo, en relación a su función económica, que las acerca a la sociedad (civil y mercantil), a saber: el lucro subjetivo perseguido por cada uno de sus integrantes.. las entidades vistas comparten con la sociedad el lucro subjetivo, aunque no el lucro objetivo*", y en nota a pie completa que "*Adelanto ya que algunas de ellas (v.gr. Cooperativas) tienen al igual que la asociación estructura corporativa.*" Y esto último, porque la autora, en la pág. 287, se manifiesta favorable a los criterios estructurales de clasificación de las personas jurídicas, si bien admite que se trata de una visión de *lege ferenda*; y manifiesta, en la pág. 288, su disconformidad hacia la consideración de asociaciones, ni siquiera en sentido estricto, por ostentar ánimo de lucro (individualización o reparto de beneficios positivos o negativos que repercute patrimonialmente sobre cada socio), en el caso de que se acepte

incluye cualquier ganancia positiva o negativa), podrán éstas ser consideradas como sociedades respetando el criterio tradicional de organización de las personas jurídicas según el fin.

Esta visión tradicional de las personas jurídicas, de las Cooperativas y su evolución, puede llevar a la consideración de las mismas como sociedades o como asociaciones.

2.2. Admisión del concepto amplio de sociedad: Las Cooperativas como asociaciones con estructura estatutaria, dentro de las sociedades.

Tradicionalmente la doctrina ha venido clasificando las personas jurídicas en función de criterios causales como el interés y el fin, lo que ha provocado una disociación, un sistema dual en la práctica, formado por dos clases diferentes según exista, o no, ánimo de lucro en ellas: la asociación y la sociedad. En esta perspectiva tradicional es difícil encajar los casos atípicos que han surgido, cuyas notas no permiten su inclusión clara en uno u otro tipo. Frente a la tendencia doctrinal tradicional que parte de la interpretación casi literal del CC, en la actualidad, otros autores entienden que el sistema debe ser planteado de otra forma, dando preferencia a los criterios estructurales sobre los causales. Así, el derecho de sociedades debe entenderse como “*el derecho de agrupaciones privadas constituidas negocialmente para el logro de una finalidad común*”²³⁰, para lograr la inserción de las nuevas figuras cuyo desarrollo no estaba

el criterio tradicional. Así se reitera en la conclusión tercera, pág. 686, al mantener la distinción entre las ventajas individuales o genéricas, como base de la distinción entre la asociación y figuras afines. Ampliando hasta límites insospechados este concepto de lucro o ventaja individualizada, puede llegar a vaciarse de contenido la realidad asociativa, ya que muchas de las asociaciones, por el mero hecho de estar formadas por un colectivo obtienen ciertas ventajas para sus miembros, en algunos casos económicamente cuantificables – ventajas que no conforman la actividad principal de la asociación-. Nosotros estimamos preferible la consideración del lucro como ventaja económica derivada directamente de la actividad social, beneficio. Desde esta perspectiva todo podría llegar a ser lucro. Quizá, la expansión del campo societario lleve consigo la absorción de todo lo asociativo, quedando este concepto como categoría genérica sin apenas contenido.

²³⁰ Aunque el origen de dicha teoría fue aportado por Girón Tena, exceptuando algunas aportaciones concretas y exclusivas de éste, en general vamos a tener en cuenta, especialmente, la opinión de su actual exponente, Paz-Ares. Este autor ha reorientado, en base a criterios estructurales, la clasificación de las personas jurídicas, y mantiene como núcleo esencial del derecho de sociedades, entendido con autonomía e independencia respecto

previsto en la época de la codificación. La visión estructural de la persona jurídica parte del concepto de sociedad general²³¹, cuya naturaleza doctrinal o legal debe ser precisada, que ha surgido como punto de unión entre dos nuevos ejes del sistema, que se encuentran por debajo de ésta. Dichos ejes son, de una parte, las sociedades de estructura personalista con base contractual²³², y de otra las sociedades de estructura corporativa o asociaciones con base estatutaria²³³. Entre ambos ejes se colocan una serie de tipos sociales mezclados cuyo régimen se encuentra formado por notas de ambos. El resultado de esta teoría es la consideración de la Cooperativa como asociación, de estructura corporativa, aunque a esta última se la llama sociedad para evitar confusión²³⁴, que participa de las notas de la sociedad general. Paz-Ares admite

del resto de contratos, en razón de las figuras jurídicas que lo forman, los criterios estructurales, definitorios de ellas. PAZ-ARES, C: "*Comentarios al Código Civil*": art. 1665 y ss., tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1300.

²³¹ PAZ-ARES, C: "*Comentarios al Código Civil*"... *cit.*, pág. 1303: Elabora un concepto de sociedad general partiendo del concepto de sociedad civil (contrato por el que las partes se obligan a contribuir para la consecución de un fin común de carácter lucrativo) analizando los elementos esenciales y no esenciales de este concepto. Los esenciales son la comunidad de fin como causa y el origen negocial.

No son esenciales, la naturaleza civil o mercantil del objeto, la actividad común, el carácter duradero o estable del objeto, la personificación de la sociedad, el patrimonio común adscrito a la consecución del fin social, el intuitus personae y el ánimo de lucro como fin de la sociedad. Fundamenta el carácter no esencial del lucro en que el concepto de sociedad general se realiza en términos estructurales, no causales; las razones históricas que determinaron su importancia han desaparecido y el fin común puede ser otro no lucrativo. Además, aunque no exista el lucro, el autor entiende que a toda asociación o sociedad se aplican las normas del contrato de sociedad, por analogía. Son esenciales, dentro del concepto amplio de sociedad general elaborado por Paz-Ares, la comunidad de fin como causa del objeto social mediante el cual se manifiesta, el fin común promovido por los socios con su aportación y el origen negocial.

Dentro de este concepto amplio de sociedad se permite la entrada de múltiples figuras en las que existe comunidad de fin, como las Cooperativas. Este concepto de sociedad es, en realidad, similar al concepto de asociación entendido por la doctrina tradicional, lo esencial es la aportación del criterio estructural como base de distinción de las personas jurídicas.

²³² Contractual, en las que el tipo básico es la sociedad civil, y los específicos son las sociedades colectivas, comanditarias, agrupaciones de interés económico...

²³³ En ellas, el tipo básico es la asociación, y los específicos son la sociedad comanditaria, la SA, la SRL y las sociedades cooperativas. De las SA, afirma Girón que es una asociación, mercantil por la forma, pero asociación por su estructura corporativa. Las Cooperativas pertenecen a este grupo: GIRÓN TENA, J: "*Derecho de sociedades*"... *cit.*, pág. 28 y 93.

²³⁴ El núcleo del derecho de sociedades es la sociedad y no la asociación (interpretación tradicional en base al CC), aunque el tipo general y nuclear de sociedad se denomine asociación para entroncar el planteamiento con el artículo 22 de la Constitución.

que, por analogía, supletoriamente, se acuda a las normas del contrato de sociedad²³⁵, nos encontremos o no ante una sociedad.

Causa y consecuencia de esta reestructuración de la persona jurídica es el planteamiento de un concepto amplio de sociedad en nuestro Derecho, en el que pudiesen incluirse todos los supuestos típicos y atípicos. De tal forma, que se excluirían de él, el sector público, las entidades privadas creadas por la ley para fines familiares o similares, y las fundaciones. Este concepto de sociedad permitiría la inclusión de las sociedades civiles, mercantiles, asociaciones, cooperativas y mutualidades²³⁶. Desde este punto de vista estructural, las Cooperativas son consideradas asociaciones estatutarias, no personalistas, pero sociedades en esencia. No obstante, considero que, de admitirse esta teoría, la sociedad cooperativa debería encontrarse dentro de la zona difusa entre los dos ejes, personalista y corporativo, puesto que participa de notas de ambas estructuras, lo que nos llevaría a considerarla una figura independiente, mixta, pudiendo admitirse la identificación y aplicación de caracteres y elementos de una u

²³⁵ Dentro de esta nueva concepción se incluyen en el concepto de sociedad civil dos notas: sociedad civil en sentido estricto (regulación del CC) y sociedad civil como sociedad general, residual, género respecto de la sociedad colectiva (especie), dentro del tráfico mercantil en el que es la sociedad general. La sociedad se observa como régimen genérico para figuras societarias o asociativas de cualquier clase: “*La sociedad civil... pueda satisfacer en el Derecho español la función de régimen supletorio y de Sociedad en sentido amplio*” GIRÓN TENA, J: “*Derecho de sociedades*”... cit, pág. 38. En función de esta interpretación de la situación, si no se dan los caracteres de la sociedad colectiva (externa y permanente) se aplican las normas de la sociedad civil. Dentro de los tipos específicos (no afecta a la sociedad civil que es general). Paz-Ares propugna la negación a las partes de libertad de creación de tipos societarios ajenos al art. 122 del C de c, que sólo puede ser realizada por Ley: PAZ-ARES, C: “*Comentarios al Código Civil*”... cit, pág. 1300 y ss.

El orden de prelación de fuentes de esta opción llegaría a resultados idénticos a los de la teoría tradicional. En primer lugar, las normas estatutarias fruto de la autonomía de la voluntad sometidas a la Ley, en segundo, las normas cooperativas, a continuación, las normas sobre asociaciones, por ser la asociación el tipo básico de las sociedades corporativas, y las normas sobre sociedades, acudiendo en primer lugar a la sociedad general y posteriormente a la sociedad colectiva, si se cumplen sus requisitos (el cumplimiento en las Cooperativas dependerá de las clases; en las de viviendas no se cumplen estos requisitos por la ausencia de habitualidad o permanencia), y en defecto de ésta a la sociedad civil como tipo general, básico, de las sociedades de estructura personalista.

²³⁶ GIRÓN TENA, J: “*Derecho de sociedades*”... cit, pág. 5 y ss. La reestructuración de conceptos fue innovación de Girón Tena, que impulsó la independencia del Derecho de sociedades respecto de las materias civil y mercantil en que se encontraba inmerso, en base a las construcciones de los ordenamientos jurídicos más modernos como el alemán. Este autor desarrolla toda la teoría del concepto amplio de sociedad, y la inclusión

otra en función del aspecto al que nos refiramos, las relaciones internas entre los socios, su ingreso o baja en la Cooperativa, o la estructura formal de ésta, manteniendo aquellos aspectos concretos que la diferencian de ambas clases. En cualquier caso, desde este punto de vista estructural, y con un nuevo concepto de sociedad, la Cooperativa puede definirse como sociedad puesto que tiene las notas esenciales de ésta, notas generales de cualquier entidad asociativa. Como hemos visto con relación al concepto tradicional, también podemos olvidarnos del criterio de clasificación de las personas jurídicas y admitir un concepto de sociedad amplio.

Algún autor se adhiere al concepto amplio de sociedad, considerando a las Cooperativas como tales, sin ánimo de lucro, que es sustituido por el fin mutualístico²³⁷. Ello permite catalogar a las Cooperativas como personas jurídicas societarias que utilizan el modelo de empresa²³⁸. Aunque refiriéndose a la

de los diferentes tipos en él. Además, centra sus estudios en el concepto de sociedad general (sociedad civil, básica y común) y, por supuesto, en las sociedades mercantiles, por su condición de mercantilista.

²³⁷ Opina que la Cooperativa es una sociedad, distinta de otras por el fin mutualístico, y distinta a su vez de otras mutualidades por su organización empresarial. La utilización de la organización empresarial, tradicionalmente implicaba una organización permanente, exteriorizada y con un fin lucrativo, pero el ánimo de lucro ha sido sustituido por la rentabilidad de la empresa: LLOBREGAT HURTADO, M^a L.: *"Mutualidad y empresas cooperativas"*... cit, pág. 23, nota 34 y pág. 33, nota 50 en referencia a la empresa: *"actividad de organización de los elementos personales y materiales, exteriorizada por lo general a través del establecimiento y que ha de venir ejercitada de una forma estable y continuada, con carácter de notoriedad pública, lo que presupone la nota de profesionalidad y como consecuencia de ésta, en la doctrina tradicional, el requisito del ánimo de lucro"*, si bien, por lo que se refiere a este último elemento, la doctrina actual estima que *"más que un rasgo esencial de la empresa, el ánimo de lucro es una actitud espiritual del empresario y finalmente -como consecuencia de lo anterior- que el ánimo de lucro ha sido de hecho sustituido por el principio de economicidad, es decir, por la tendencia a obtener el máximo de rendimiento con un mínimo de inversión de factores productivos"*. En la pág. 38 aclara que el ánimo de lucro al que se refiere es el objetivo de la Cooperativa, del que niega su existencia, distinto del ánimo de lucro subjetivo, de los cooperativistas.

²³⁸ Aunque manteniéndose dentro del concepto de sociedad correspondiente a su época, 1952, AMORÓS RICA se manifestó de forma similar a la autora anterior, considerando que la aplicación del término sociedad debía admitirse por imperativo legal, pero con reservas: la admisión de considerar asociación a la Cooperativa no es posible por el distinto fin de ambas (ideal o desinteresado en la primera y económico en las segundas). Por lo anterior, acude a la denominación de empresa, sin inclusión del ánimo de lucro. AMORÓS RICA, N: *"El régimen jurídico fiscal de las Cooperativas españolas"*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1952. Pág. 29 y ss: *"empresa... organización económica que tiene aptitud para producir un rendimiento, capacidad para crear una riqueza y que representa una constancia, un capital independiente de la individualidad física de las personas que en un momento determinado lo dirigen... es suficiente el deseo o tendencia a conseguir una finalidad de tal naturaleza que no es necesario identificar exclusivamente con el afán o propósito de ganancia."* Dentro de las características del concepto legal de Cooperativa de ese momento destaca este autor, en las páginas 33 y ss, las de: sociedad de masa, de capital variable y con fines comunes económicos pero no lucrativos.

independencia admitida de las Cooperativas, algunos autores²³⁹ optan por esta idea de considerarlas sociedades, con características especiales.

El concepto amplio de sociedad permite considerar a las Cooperativas como entidades estructuralmente asociativas y a la vez sociedades, lo que nos sitúa ante una situación parecida a la observada con relación al concepto tradicional de sociedad, que persigue mantener a las Cooperativas dentro de las asociaciones de interés particular por la ausencia de lucro, sin eliminar de forma absoluta su carácter formalmente societario. En este momento, quizá, pueda plantearse si no se tratará de una entidad que participa de las notas de ambas, que no puede encuadrarse en una clasificación tan absoluta que suponga la exclusión de alguno de sus caracteres formales o internos, especialmente porque la cualidad asociativa es tan general que también es predicable respecto de las sociedades, del tipo que sean. En este sentido, mantenemos que el problema es la dudosa necesidad de mantener una disyuntiva asociación, sociedad, absolutamente arcaica, especialmente porque muchas de las antes indubitadas asociaciones adoptan formas societarias, y no puede pretenderse excluir uno u otro carácter cuando en pura lógica tienen ambos, como así ocurre en las Cooperativas. La Cooperativa es una asociación que utiliza la forma cooperativa, inspirada en la sociedad. Antes de pronunciarnos al respecto vamos a plantear la posibilidad de inserción en el ámbito mercantil o en el civil, y en especial su consideración como sociedad mercantil, civil o independiente.

²³⁹ DEL ARCO Y OTROS... *"Análisis económico y sociológico del cooperativismo agrario"*. Confederación española de Cajas de Ahorro, Madrid 1972: "...sociedades de carácter altruista, esto es, sociedades de servicio y no de beneficio... su razón de ser es la satisfacción de las necesidades económicas de los que se encuentran en igual situación".

3. LA COOPERATIVA COMO SOCIEDAD: ¿ MERCANTIL, CIVIL O INDEPENDIENTE?

3.1. Introducción.

La adopción de un concepto de sociedad amplio, o de lucro amplio, nos permite considerar como tales a las Cooperativas. Incluso aquellos que estiman que las Cooperativas son asociaciones en teoría permiten la aplicación a las mismas de normas societarias. De tal forma, por razones prácticas, se explica el avance experimentado por el legislador en la materia, constitucional y ordinario, estatal o autonómico, planteando ambos aspectos. Nosotros vamos a considerar esta posibilidad, que como decimos no tendría porqué excluir su calificación teórica y genérica como asociación. Incluso aunque nos limitemos al concepto de asociación de interés privado, la Ley entiende que son sociedades, y les aplica muchas notas de éstas, por lo cual su aspecto formalmente societario es indudable. Podría haberse remitido a otros tipos sociales como base estructural de la asociación cooperativa, pero nuestro legislador ha optado por la regulación específica, inspirada en el concepto y caracteres de la sociedad. Apreciamos que el hecho de considerarla sociedad no tiene que significar necesariamente, como muchos autores han planteado, que se trate de una sociedad mercantil o civil. Vamos a estudiar estos ámbitos, civil y mercantil, y las opciones que pueden admitirse en cada uno de ellos, puesto que la doctrina no es unánime al respecto.

3.2. Pertenencia de la Cooperativa al Derecho mercantil; La Cooperativa como Sociedad Mercantil.

3.2.1. Doctrina favorable a la pertenencia de la Cooperativa al Derecho Mercantil.

La doctrina partidaria de la naturaleza mercantil de la Cooperativa parte de un concepto amplio de sociedad en el que se incluyen las Cooperativas, admitiendo la existencia de lucro²⁴⁰ en ellas (en sentido amplio) y su carácter mercantil, y estiman que el derecho supletorio aplicable a las mismas es el de sociedades mercantiles. Si se admite la mercantilidad de las Cooperativas, les serían aplicables las normas de la sociedad colectiva²⁴¹, común o general de las sociedades mercantiles; sin que sea posible la aplicación de las normas de la SA, como hizo la LGC de 1987 y continúa la LC actual de 1999 -asi lo han afirmado algunos autores, por tratarse de una legislación especial²⁴²-.

²⁴⁰ Puede surgir la duda, como así ocurría en la doctrina hace unas décadas, de si el ánimo de lucro lleva implícito el carácter mercantil de la figura, o no. No podemos olvidar que, para estos autores, el lucro, entendido como elemento esencial de la sociedad o no, está presente en las sociedades mercantiles y también en las civiles y, en consecuencia, no es un elemento que defina el carácter mercantil de una sociedad. Debemos tener presente además, que el concepto amplio de sociedad no incluye el lucro como elemento esencial, que quedaria relegado a un posible fin, no el único, de la sociedad. Por ello, no es el lucro un elemento diferenciador del carácter mercantil o civil de una sociedad.

²⁴¹ La sociedad colectiva podría ser supletoria, como tipo mercantil general, aunque muchos de sus caracteres difieren de los cooperativos. Es una sociedad personalista (a efectos de admisión, exclusión de socios y extinción de la sociedad), y algunas de estas notas personalistas pueden encontrarse en las Cooperativas (al igual que la sociedad civil). Sin embargo difiere en cuestiones como la organización y administración, la responsabilidad, el régimen económico, aspectos registrales... También puede buscarse un paralelismo entre la figura del socio comanditario en las sociedades de este nombre, y el asociado cooperativo. Sin embargo la relación más íntima en la legislación actual, es la que se establece entre la SA y la Cooperativa, lo que no implica que debiera ser así, por el distinto espíritu de ambas figuras, que debería haberse tenido en cuenta en la elaboración de las últimas Leyes de Cooperativas.

²⁴² VICENT CHULIÀ: *"Análisis crítico del nuevo Reglamento de cooperación..."*... cit, pág. 441: *"Es absolutamente improcedente aplicarles por analogía el régimen de la SA, porque una Ley especial no puede ser aplicada por analogía para colmar las lagunas de otra ley especial... cuestión distinta es que pueda y deba postularse una interpretación de la Ley y su Reglamento a la vista de la experiencia del régimen de las sociedades mercantiles, por un lado, para lograr una mejor interpretación de sus normas en orden a la organización de una agrupación de personas y de una empresa; y, por otro lado, para descubrir las lagunas y deficiencias en su regulación legal a fin de que sea debidamente completada y perfeccionada*

Se manifiestan en todo momento favorables a la consideración de las Cooperativas como sociedades mercantiles GIRÓN²⁴³, URÍA²⁴⁴, ALONSO SOTO²⁴⁵, VERGEZ SÁNCHEZ²⁴⁶, DIVAR²⁴⁷, AGUILAR GARCÍA²⁴⁸, ARROYO MARTÍNEZ²⁴⁹, GARCÍA GUTIERREZ²⁵⁰. Otros, como SÁNCHEZ CALERO, parten de una visión absolutamente mercantilista²⁵¹, hacia su consideración como empresarios²⁵², afirmando

²⁴³ GIRÓN TENA, J: “Derecho de sociedades”... cit, pág. 114. En relación con las Leyes de 1942 y 1974, Girón se manifiesta en favor de la consideración de las Cooperativas como comerciantes por razón de la forma y por ello mercantiles (aplicación del status de empresario y régimen de éstas inspirado en la técnica de las SA), para lograr la aplicación de las normas mercantiles, directa o indirectamente, según los casos.

²⁴⁴ URÍA, R: “Derecho mercantil”. Marcial Pons, Madrid 1998, pág. 174 y 575 y ss. Estima que son sociedades mercantiles, reconocidas en el art. 124 del Código de comercio, que pueden actuar con terceros, y se les aplican muchas normas mercantiles, como la quiebra y la suspensión de pagos.

²⁴⁵ ALONSO SOTO, F: “Manual de derecho cooperativo” Ed. Praxis, Barcelona 1987, pág. 67: “Parece que se ha intentado cooperativizar las Cooperativas en lugar de mercantilizar las Cooperativas, con el objeto de favorecer la circulación normal de las Cooperativas en el tráfico jurídico mercantil y, de esa forma, hacer favor al cooperativismo que, sin perder sus esencias y principios, figura como otro tipo de sociedad más entre las mercantiles”. ALONSO SOTO, F: “Ensayos sobre la Ley de Cooperativas”, UNED, Madrid 1990, pág. 57: “La Ley ha dejado escapar la posibilidad de hacer de las Cooperativas unas sociedades mercantiles normales... y evitar la configuración de la Cooperativa como sociedad especial”.

²⁴⁶ VERGEZ SÁNCHEZ, M: “El derecho de las cooperativas y su reforma”... cit. Calificación como empresa en pág. 18 y 19, consideración como sociedad mercantil y no como asociación y fundamentos de ellos en pág. 73 y siguientes: “Fundamentos para la calificación de la Cooperativa como sociedad mercantil: ... significado económico de las sociedades cooperativas... son sociedades- dentro del concepto amplio de sociedad y de lucro-... exclusión del artículo 124 del C de c actualmente no válida... el lucro como especulación no define la mercantilidad... los socios persiguen ventajas económicas... existen beneficios aunque su destino esté determinado: retornos, reservas, fondos... el retorno es materialización del fundamento de las cooperativas y forma especial de reparto de ganancias... la Cooperativa no tiene especulación, pero sí simple lucro... la cooperativa se rige por el estatuto de comerciante... el Decreto de Bases para la redacción del C de c de 20-9-1869 las incluía dentro de las sociedades mercantiles.” “La Cooperativa como Asociación no tiene cabida en el ordenamiento jurídico español, salvo que se refiera de forma general al fenómeno asociativo”. La distinción de la Cooperativa de los demás tipos mercantiles se afirma, en la pág. 83 y ss, en función de su carácter propio y especial, distinta de las sociedades capitalistas y personalistas, con fin económico y social y sin reparto de beneficios.

²⁴⁷ DIVAR, J: “Régimen jurídico de las Sociedades cooperativas”. Deusto, Bilbao 1987. Pág. 29 a 36. Se manifiesta a favor del criterio de mercantilidad de las Cooperativas: “sociedades mercantiles de carácter especial”, no capitalistas, voluntarias, de gestión democrática y al servicio de sus miembros y de la comunidad. La admisión de su carácter mercantil se produce, en su opinión, por la ausencia de la mutualidad como imprescindible en las Cooperativas, la negación del ánimo de lucro como determinante del carácter mercantil y la aplicación a las Cooperativas de las normas del estatuto del empresario.

²⁴⁸ AGUILAR GARCÍA, M: “Notas acerca de la capacidad, constitución y representación en la LGC de 1974” en RDN, abril-junio 1975, pág. 34.

²⁴⁹ ARROYO MARTÍNEZ, I: Prólogo a la Legislación sobre cooperativas. Tecnos, Madrid 1998.

²⁵⁰ GARCÍA GUTIERREZ, C: “Las Leyes de sociedades cooperativas en las CCAA”. CIRIEC, Rev. Economía pública núm. 21. 1995, pág. 35 y ss.

²⁵¹ SÁNCHEZ CALERO: “Los conceptos de sociedad y empresa en la Ley de Cooperativas”... cit, pág. 502: Se manifiesta a favor de considerar a las Cooperativas dentro de las sociedades mercantiles, en base a un concepto de sociedad amplio, en el que se incluyen las sociedades lucrativas o no. La admisión de este concepto amplio, según él, facilitaría la inclusión de la Cooperativa dentro de las sociedades. Además, en Europa la mayor parte

en la actualidad que tienen un régimen especial²⁵³, no mercantil, y en colaboración con OLIVENCIA²⁵⁴ manifiesta que es un empresario social con regulación específica. POLO²⁵⁵ evoluciona desde la visión inicial de especialidad cooperativa, hacia el carácter mercantil indubitado. En la opinión de este autor se basa GARRIGUES²⁵⁶, al referirse a las Cooperativas como sociedades, antes mercantiles o civiles según el objeto, y desde 1974 mercantiles.

de los países han suprimido el lucro del concepto de sociedad, y en España desde la LGC de 1974 no se menciona. Entiende este autor que son sociedades las lucrativas y las no lucrativas. En la sociedades lucrativas el lucro es de dos tipos: subjetivo, de los socios y objetivo de la sociedad. Además, el objeto social o fin inmediato es la actividad realizada por la sociedad, mientras que el fin mediano es la obtención de ganancias para los socios. En las Cooperativas de consumo no existe el lucro de la sociedad pero sí el objeto social con fin mediano de ganancia. En las Cooperativas de producción existe lucro subjetivo, objeto social y fin de ganancia para los socios, lo que las acerca a las sociedades lucrativas. En la pág. 516 y ss afirma, *"Las cooperativas, en el sentido de ser consideradas como verdaderas sociedades que caen dentro de la disciplina de las mercantiles, no hay problema para ser calificadas como empresarios titulares de una empresa, entendida ésta tanto como la actividad que desarrollan, como haciendo referencia a los medios que utilizan para ello...en las Cooperativas se crea una doble organización de personas: la societaria y la más amplia que es la empresa, como comunidad de trabajo... en las Cooperativas de consumo permanece en ellas claramente la dualidad entre la organización de la sociedad y la de la empresa."*

²⁵² "Son empresarios con un régimen especial". SÁNCHEZ CALERO en "Instituciones de Derecho Mercantil". Edersa, Madrid 1994, pág. 263. Dicha opinión se ve reforzada porque *"esta sociedad es un empresario social al que se le pueden aplicar los preceptos comunes a los de su misma categoría, naturalmente con todas las excepciones a que dicho régimen especial dé lugar. Este resultado creemos que está apoyado, no ya simplemente en la aproximación del régimen de las Cooperativas y el de las sociedades por acciones, sino en los siguientes datos: 1º. La Cooperativa aparece constituida en escritura pública e inscrita en el Registro mercantil (argumento que hoy no es válido). 2º. La llevanza de una contabilidad ordenada es una exigencia tradicional de los empresarios mercantiles. 3º. A las Cooperativas les será aplicable, en su caso, la legislación sobre suspensiones de pagos y quiebras"*. Estos argumentos fueron esgrimidos para la Ley de 1974, en SÁNCHEZ CALERO: *"Los conceptos de sociedad y empresa en la Ley de Cooperativas"*... cit, pág. 516.

²⁵³ SÁNCHEZ CALERO, F: "Instituciones de Derecho Mercantil". Mc Graw Hill, Madrid 1998, pág. 210 y ss

²⁵⁴ SÁNCHEZ CALERO, F; OLIVENCIA RUIZ, M: *"Relaciones del régimen jurídico de las sociedades mercantiles y de las sociedades cooperativas"*, en volumen: el cooperativismo español en la coyuntura económica actual, Anales de moral social y económica, vol. 6. Centro de Estudios sociales de la Sta. Cruz del Valle de los caídos, Madrid 1964, pág. 22 y ss.

²⁵⁵ POLO, A: *"Alusión y sentido de la nueva Ley de cooperación"*. RDP 1942 pág. 217 y ss. En el estudio de la Ley de Cooperativas de 1942, el autor mantiene su carácter no mercantil, *"los términos cooperativa y mercantil son inconciliables"*, y se refiere a ella, entre otros caracteres, como sociedad formada por personas, de masa, capital variable, sin lucro... En la pág. 274 y ss añade que *"es una forma social incolora, que pueda tener carácter civil o mercantil, según la naturaleza de su objeto o la industria que realice, la forma cooperativa no da ni quita el carácter mercantil."* POLO, A: *"Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil"*. Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Uría. Civitas, Madrid 1978, pág. 578 y 574. En esta obra posterior adopta un criterio diferente, al reclamar la inclusión de las sociedades Cooperativas en el Derecho mercantil. Explica como razón de este cambio, la supresión de la prohibición de no actuar con terceros que llevaba aparejada la retirada de la calificación cooperativa.

²⁵⁶ GARRIGUES, J. "Curso de Derecho Mercantil". Tomo I. Ed J. Garrigues, Madrid 1976, revisado por Bercovitz, A. pág. 302 y ss, 393 y ss. Afirma que las sociedades son un tipo de asociación. Las Cooperativas son sociedades, que, según lo mantenido por Polo, A. eran mercantiles o civiles según el objeto, aunque desde 1974 son mercantiles.

3.2.2. Estudio de la consideración de las Cooperativas como entidades mercantiles.

En orden a la distinción entre las sociedades civiles y mercantiles, y en general a la actuación en dichos ámbitos, la doctrina, como expone Capilla²⁵⁷, procede a establecer un criterio de distinción adecuado interpretando las normas mercantiles y civiles, debido a la aparente contradicción entre el CC y el C de c. Tradicionalmente, el criterio de distinción, entre lo civil y lo mercantil, que se tenía en cuenta era subjetivo, de especialidad según las personas fuesen comerciantes o no. Más adelante se evoluciona hacia un criterio objetivo, atendiendo a la realización o no de actos de comercio. Respecto a este último se discute si se trata de un criterio por el objeto o materia y también por la forma, o no. Actualmente, admitido el criterio del objeto de forma general, por el cual son mercantiles aquellas entidades cuyo objeto lo sea, junto al de la forma en algunas sociedades mercantiles como las SA y las SRL, la cuestión se centra, más que en la discusión teórica, en el régimen jurídico aplicable a cada aspecto societario en los casos dudosos y en las sociedades mixtas (forma mercantil y actividad no mercantil, civil, o viceversa). En las sociedades mixtas se tiende a aplicar el régimen de la sociedad mercantil elegida excepto en lo que se refiere al estatuto de comerciante. Esta opinión lleva a considerar que, en los casos dudosos concretos deberá procederse por el criterio del objeto, puesto que si éste es mercantil la sociedad también lo será, exceptuando los hipotéticos y dudosos supuestos de sociedad con objeto mercantil y forma civil. Por aplicación del criterio del objeto, las Cooperativas deberán ser consideradas mercantiles sólo si su objeto es mercantil, porque formalmente son Cooperativas. Respecto de este tema surge una de las cuestiones esenciales de la tesis,

²⁵⁷CAPILLA RONCERO, F: “*Comentarios al Código Civil...*” art. 1695 y ss... *cit.* pág. 56 y ss.

la necesidad de distinguir a las Cooperativas en clases puesto que el objeto de las mismas es diferente.

PAZ-ARES²⁵⁸ también mantiene dos planos en el problema anterior: subjetivo de la sociedad como persona jurídica y objetivo de la sociedad como contrato²⁵⁹, a lo que se añade, además, la evolución posterior de la legislación mercantil específica que mantiene la mercantilidad objetiva y subjetiva, evolución que se ha prolongado substancialmente a otros tipos como las Cooperativas. Se ha abierto la puerta a nuevas posibilidades como las sociedades objetivamente mercantiles y subjetivamente civiles, es decir con forma mercantil sin ser sujeto mercantil; las sociedades objetivamente civiles y subjetivamente mercantiles, que adoptan la forma de sociedad civil, comunidad de bienes o asociación -sólo es posible este último supuesto, que es calificado de comerciante-.

Siguiendo este esquema, debemos plantearnos cual es la situación de las Cooperativas. Desde el punto de vista del sujeto, que afecta al Estatuto de comerciante, la Cooperativa tiene unas reglas propias y, aunque se inspiran en las reglas de las sociedades mercantiles, son empresas que actúan como tales en el tráfico jurídico, son cooperativas, ni mercantiles, ni tampoco civiles. Admitiendo que pudieran ser

²⁵⁸PAZ-ARES, C: "*Comentarios al Código Civil*"... cit, pág. 1376 y ss: Frente a la doctrina tradicional que interpretaba el C de c, art. 116 y 119, en el sentido de la exigencia del criterio de la forma para la atribución del carácter mercantil, Paz-Ares interpreta el C de c, especialmente el artículo 116, que contiene el criterio distintivo de la materia. Desde el punto de vista subjetivo la atribución de la cualidad de comerciante depende del ejercicio del comercio. Desde el punto de vista objetivo, la naturaleza del contrato depende de la realización de una actividad mercantil o industrial. De tal forma, que son sociedades mercantiles las constituidas con arreglo a un tipo mercantil, pero sólo pueden constituirse así las que ejercen el comercio. La mercantilidad subjetiva se refleja en la aplicación del estatuto de comerciante, y la objetiva en el régimen de sociedad colectiva general u otra específica según el tipo de sociedad. El CC posterior al C de c establece, en el art. 1670, una ampliación del ámbito objetivo.

²⁵⁹ En la actualidad se habla de mercantilidad en dos sentidos, objetivo, la actividad empresarial dirigida a obtener resultados económicos y rentabilidad, y subjetivo, la condición de empresario titular de la actividad económica, que actúa con organización, reiteración y habitualidad, en nombre propio y asumiendo un riesgo: ARROYO MARTÍNEZ, I. Prólogo a la Legislación sobre cooperativas. Tecnos, Madrid 1998.

calificadas de empresario mercantil²⁶⁰, serían subjetivamente mercantiles, pero sólo en el ámbito teórico, puesto que gozan de su propia regulación cooperativa sobre la materia. Objetivamente, las Cooperativas no son ni mercantiles ni civiles, sino cooperativas, y la esencia de las mismas debe analizarse según cada tipo de Cooperativa. En cualquier caso, al igual que ocurre con la materia agraria, no admitimos que deba considerarse mercantil todo lo relativo a una actividad empresarial, criterio excesivamente genérico que no aporta nada concreto y produciría una expansión mercantilista absoluta. Por ello, podríamos afirmar que las Cooperativas son asociaciones, formalmente sociedades, que asumen, como empresa, algunos aspectos del Estatuto jurídico del comerciante en su regulación, pero que no son mercantiles o civiles en general, sino que dicha calificación objetiva dependerá de cada tipo de Cooperativa. La cuestión a resolver para decidir la condición mercantil o civil de las Cooperativas es el análisis del objeto social, que en algún caso puede ser determinante, para lo cual considero interesante proceder de forma selectiva, en función de la clase de

²⁶⁰ SÁNCHEZ CALERO, F: "Instituciones de Derecho Mercantil". Mc Graw Hill, Madrid 1998, pág. 50 y ss. Sánchez Calero nos recuerda algunas notas relativas a la empresa, que nosotros vamos a tener en cuenta, con el fin de averiguar la posibilidad de que la Cooperativa utilice esta figura para el desarrollo de su actividad. El régimen jurídico de la empresa está formado por los siguientes aspectos: subjetivo: empresario, funcional: actividad organizadora, objetivo: conjunto de bienes organizados para el logro del fin económico y laboral: organización de personas dependiente del empresario. El empresario, persona física o jurídica (constituida mediante un contrato de sociedad), como sujeto de la empresa, debe reunir los caracteres de: 1º. realización de una actividad de organización con los medios precisos de capital y trabajo, 2º. actividad profesional, constante, habitual, para terceros no para sí, sin exigirse el lucro y 3º. actuación en nombre propio. La segunda nota citada: profesionalidad o habitualidad que generaba el ánimo de lucro ha sido sustituida, en opinión de algunos autores anteriormente citados (Llobregat), por "*el principio de economicidad... tendencia a obtener el máximo de rendimiento con un mínimo de inversión de factores productivos*"; LLOBREGAT IURTADO, Mª L: "*Mutualidad y empresas cooperativas*"... cit. Esta eliminación de la profesionalidad o habitualidad sustituida por la rentabilidad permitiría la admisión de las Cooperativas como tipo de empresa (organización, rentabilidad, en nombre propio), y la distinción de la Cooperativa como sociedad y la empresa como forma de organización y actuación de la sociedad. Así opina ARROYO MARTÍNEZ, I: Prólogo a la Legislación sobre cooperativas. Tecnos, Madrid 1998, pag. 13.

La calificación de las Cooperativas como empresario no es fácil de determinar, porque, en algunas actividades u objetos como la vivienda, pese a la actividad empresarial, no existe habitualidad en ellas, ni permanencia. Sin embargo, las Cooperativas tienen su propio Estatuto de empresario, y el legislador cuando lo estima conveniente se remite a las normas del empresario mercantil.

Cooperativa que se trate²⁶¹, por lo que nos adentraremos en el núcleo de la tesis sólo a estos efectos. En las Cooperativas de viviendas, subjetivamente cooperativas, el objeto social radica en la actividad inmobiliaria, la construcción de inmuebles para cederlos en propiedad o uso a los cooperativistas, lo que condiciona su carácter. La actividad de tráfico inmobiliario, construcción y enajenación de inmuebles, ha sido considerada tradicionalmente como civil, siempre que no utilice para ello algún tipo de sociedad mercantil por la forma como las SA y las SRL, lo que no ocurre en el caso cooperativo. Algunos autores²⁶² se muestran favorables a la mercantilidad de las actividades inmobiliarias, y aportan los argumentos de la Exposición de motivos del Código de comercio, que no admite como regla general el carácter no mercantil de los inmuebles, y el artículo 325 del mismo que, aunque expresa la mercantilidad de los bienes muebles, no implica una exclusión de los inmuebles.

Pueden oponerse a esta calificación como actividad mercantil los siguientes argumentos. No consideramos acertada esta interpretación de la Exposición de motivos porque no se establece en ella la mercantilidad de los inmuebles en cualquier caso, sino sólo cuando sean utilizados, como operación social exclusiva o dentro de otras, para la

²⁶¹ Aunque algunos autores, como VERGEZ, en razón del momento histórico de sus argumentos mantengan como primordial la regulación general de las Cooperativas: VERGEZ SÁNCHEZ, M: *"El derecho de las cooperativas y su reforma"*... cit, pág. 24: *"el fenómeno (cooperativo) en cuanto tal responde a unas orientaciones y finalidades comunes que aconsejan establecer un régimen jurídico general, sin perjuicio de las particularidades, que una regulación especial para cada tipo de sociedades cooperativas tiene también que establecer"*.

²⁶² CAPILLA RONCERO, F: *"Comentarios al Código Civil..."* art. 1695 y ss... cit, pág. 72: Se muestra favorable a la mercantilidad de estos supuestos en general, por tratarse además de entidades constituidas para el tráfico, con el fin de enajenación de los inmuebles a terceros y, dedicadas habitualmente a ello. En los supuestos en que estas notas no se den, es evidente que debe negarse el carácter mercantil, como afirma respecto de los casos en los que no se produce la enajenación a terceros, faltando por ello la nota de tráfico, destinándose la constitución de la entidad autónoma a un solo negocio, eliminándose la habitualidad. Capilla, favorable a la mercantilidad, aporta los argumentos de la Exposición de motivos del C de c que manifiesta la comercialidad de los inmuebles y no admite que el art. 325 (referencia a los bienes muebles en la compraventa mercantil) sea utilizado "a sensu contrario" para declarar que los inmuebles no sean mercantiles. Sin embargo, admite que la jurisprudencia, en ocasiones ha calificado de civiles a este tipo de sociedades.

reventa y especulación²⁶³. Además, el Código sólo se refiere, en el citado artículo 325 a los bienes muebles, por lo que al no incluirse expresamente los inmuebles en él, como ley especial, debe entenderse que quedan excluidos, criterio que se une a la visión desfavorable acerca de la interpretación de una absoluta mercantilidad manifestada por la Exposición de motivos. Se añade a esto que, del mismo modo que el artículo 326²⁶⁴ del Código no considera mercantiles las actividades de compraventa destinadas al propio consumo, tampoco lo serán las de construcción dedicadas al propio consumo. En el supuesto cooperativo falta dicho tráfico con relación a terceros y la habitualidad y reiteración²⁶⁵ en la actividad de construcción de inmuebles, que se destinan al consumo de los propios socios, por lo que no se trata de una actividad mercantil²⁶⁶, sino civil. Es

²⁶³ *"el Código vigente declara que no son mercantiles las de bienes raíces y cosas afectas a éstos, aunque sean muebles; cuya disposición, tal como se halla redactada, ofrece dudas al aplicarla a las numerosas especulaciones de que son objeto los inmuebles, bajo diversas formas y combinaciones... las empresas acometidas por particulares o por grandes sociedades mercantiles para la compra de terrenos, con el objeto de revenderlos en pequeños lotes, o después de construir en ellos edificios destinados a habitaciones... todas estas empresas ejecutan verdaderos actos de comercio, porque la compra de bienes inmuebles no es su fin principal, sino sólo una de sus operaciones sociales. Por eso, si bien la simple compra de bienes raíces no constituye un acto mercantil, podrá adquirir semejante carácter cuando vaya unida a otra especulación sobre efectos muebles corporales o incorporales. Por manera, que no puede admitirse como principal absoluto, el consignado en el Código vigente, que niega a toda venta de bienes raíces el carácter de mercantil. Esta calificación dependerá de las circunstancias que concurren en cada caso, la cual harán los tribunales, aplicando los principios generales sobre la naturaleza de los actos de comercio".*

²⁶⁴ *"No se reputarán mercantiles: 1º: Las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de las personas por cuyo encargo se adquieren".*

²⁶⁵ LLOBREGAT HURTADO, M^a I.: "Mutualidad y empresas cooperativas"... cit, pág. 40, nota 60: *"todos los actos y profesiones que vengán a interponerse en la circulación de los productos entre productor y consumidor son actos y profesiones mercantiles... el acto de comercio es un acto de interposición en el cambio, sea cual sea el objeto y la forma de ese cambio"*. En relación a los criterios de distinción entre la materia mercantil y la civil, puede destacarse la síntesis que realiza esta autora, que opina que los criterios del objeto, la actividad y la especulación o ánimo de lucro han sido sustituidos por el de circulación. Aplicando este criterio, tampoco las Cooperativas de viviendas son mercantiles.

²⁶⁶ CAPILLA RONCERO, F.: *"Comentarios al Código Civil..."* art. 1695 y ss., cit, pág. 151: Así se deduce de la opinión del mismo autor en posteriores páginas, en las que trata la construcción de inmuebles en régimen de comunidad para uso propio, del que afirma que coexiste con las sociedades cooperativas, y ambas son consideradas entidades civiles. Estas figuras, caracterizadas por la actuación para uso propio, son tratadas de forma separada y distinta a la construcción de inmuebles para su enajenación a terceros. Respecto a ello, duda el autor citado acerca de la aplicación supletoria de las normas de la sociedad civil en el caso de las comunidades, especialmente las de gestión, relaciones con terceros, intuitus personarum. Si considera aplicables las normas sobre la obligación de aportar y efectividad de las aportaciones. Las Cooperativas tienen su propia regulación al respecto.

PAZ-ARES, C.: *"Comentarios al Código Civil..."* cit, pág. 1400 y ss: Paz-Ares también se plantea la duda respecto al sector inmobiliario y su carácter civil o mercantil. En él, cuando la adquisición o construcción se realiza con fin de comercializar en el mercado, ésta es mercantil. Lo es por valoración económica, no jurídica.

una sociedad constituida para un negocio o empresa determinados que no cumple el requisito de circulación en el tráfico o traspaso, destinándose a uso propio, por lo que no puede considerarse mercantil.

La evolución histórica del Derecho societario puede aportarse como factor contrario a la calificación mercantil de las Cooperativas, por las diferencias que presentan los intereses que se protegen respectivamente en el ámbito mercantil y en el cooperativo²⁶⁷.

La regulación actual²⁶⁸ de la materia tampoco se inclina hacia su consideración mercantil. Concluimos afirmando que, aunque haya muchas opiniones doctrinales contrarias, en general, la Cooperativa no es mercantil, ni subjetiva²⁶⁹ ni objetivamente. Creemos que no debería admitirse que, sobre la base de la actuación empresarial de una persona jurídica, se afirme indiscutiblemente su carácter mercantil, y ello al margen de que tenga normas propias respecto a su forma y sujeto, y de que su objeto no sea mercantil. Tampoco buscamos, a toda costa, la aplicación de normas civiles, salvo las necesarias. La Cooperativa de viviendas no es mercantil aunque para la realización de su actividad cuente con una organización de medios en régimen de empresa, y ello teniendo en cuenta que su objeto es materia civil. En esta tesitura, se plantea la duda de

(En las Cooperativas, éste es el caso de la sociedad gestora que es mercantil). Afirma que si el propósito es el lucro, la operación da lugar a un acto de comercio. (En las Cooperativas no hay lucro ni fin de comercializar). En materia de construcción también trata otro supuesto, la construcción en comunidad, afirmando que si son muchas las personas se constituirá una Cooperativa, mientras que si son pocas se tratará de una sociedad civil por la existencia de un fin común; la construcción de un edificio.

²⁶⁷ En la evolución histórica del Derecho de sociedades español, la sociedad colectiva ha admitido algunos caracteres de la sociedad civil, adaptándolos al tráfico mercantil. En base a la primera se estructuraron algunas notas especiales de representación y responsabilidad en la relación con terceros de la sociedad civil. En las sociedades mercantiles, sin embargo, se tuvo en cuenta la necesidad de proteger especialmente a los terceros contratantes con la sociedad, mientras que en las Cooperativas se intentan tener en cuenta los intereses de los terceros y de los socios de forma equilibrada.

²⁶⁸ Así puede deducirse del art. 129 de la Constitución, de la especialidad de las Leyes cooperativas, general y autonómicas y del Derecho comunitario sobre la materia, que tiende a distinguirlas de otras entidades. En este sentido se expresan PRADOS DE REYES, F; VIDA SORIA, J: "*Comentario a las Leyes políticas*"... cit, pág. 99. Advierten que puede ser preciso aplicar normas mercantiles u otras, - como serían las civiles, añado yo- en aspectos determinados.

²⁶⁹ Subjetivamente puede admitirse que lo sea por su carácter de empresario, aunque no cumple las notas de habitualidad y actuación frente a terceros y no para sí.

sí su carácter civil la sitúa como sociedad civil, o se trata simplemente de materia o actividad civil, que define la aplicación de las normas civiles que correspondan en su caso a algunos aspectos concretos, sin excluir su condición especial cooperativa.

3.3. La Cooperativa como Sociedad Civil, semejanzas y diferencias entre la sociedad civil y la Cooperativa.

Inicialmente, en la primera mitad del presente siglo, algunos autores se manifestaron a favor de la hipótesis de inclusión de las Cooperativas dentro de la sociedad civil²⁷⁰. Puesto que hemos desechado la consideración de la materia cooperativa y las sociedades cooperativas como mercantiles, estamos en condiciones de plantearnos su posible paralelismo con la sociedad civil, teniendo en cuenta que el objeto de las mismas es civil en algún caso, como el de Cooperativas de viviendas. No obstante, hemos advertido que el hecho de que su objeto sea civil no tiene porqué significar que nos encontremos ante una sociedad civil, ya que a priori parece que la Cooperativa es diferente e independiente. Además, no hay unanimidad²⁷¹ respecto a que la sociedad

²⁷⁰ CERDÁ RICHART, B: "El régimen cooperativo". Tomo I: la cooperación en general. Bosch, Barcelona 1959, pág. 21 y ss: "*Se entiende por sociedad cooperativa, la entidad constituida por personas naturales o jurídicas, que tienen una necesidad común de orden esencialmente económico, y que pretenden resolverla, mediante la acción conjunta de todos, sin ánimo de lucro, y, repartiéndose entre ellos los provechos logrados, en proporción al trabajo que hayan verificado, o, a la participación que hayan tenido en las operaciones sociales*". Respecto a su naturaleza civil, en pág. 45: "*las Cooperativas españolas son sociedades civiles, porque su objeto, según la Ley que las regula, es lograr fines comunes de ventajas económicas y de mejoramiento social, y, no la de persecución de lucro de ninguna especie*". En la pág. 23 y ss diferencia a la Cooperativa de otras figuras, como las mutualidades (ventaja económica frente a aseguramiento de un riesgo), las SA (en función de la transmisibilidad o no de los derechos, el reparto de beneficios, los efectos de la extinción de la persona jurídica) y los comerciantes (por las diferencias en el fin o interés). Este autor, en ocasiones contradictorio, se manifiesta expresamente en favor de su consideración como sociedades civiles, aunque previamente admita que son entidades distintas de las sociedades mercantiles y civiles, como en la pág. 23. Nos parece contradictorio considerarlas civiles por la ausencia de lucro, cuando las sociedades civiles también gozan de este carácter. También Chuliá se expresa en este sentido, en nota a pie 333.

²⁷¹ Algún autor, como Capilla, mantiene la relación género a especie entre la sociedad civil y la mercantil, pero no considera que la sociedad civil sea derecho común en materia de sociedades por la autonomía del derecho mercantil (especialmente en SA y SRL), sin embargo, sí admite que se pueda aplicar a las relaciones societarias internas, pero no a las externas. Este puede ser un argumento en favor de la no aplicación de las normas de la sociedad civil. Además, continúa este autor advirtiéndolo que la sociedad civil no es el tipo general o amplio de sociedades, sino que se trata de una clase más de sociedad personalista. CAPILLA RONCERO, F: "*Comentarios al Código Civil...*" art. 1695 y ss., cit., pág. 5, 68 y ss.

civil sea derecho común en materia de sociedades. Si se admite como tal, sus normas serían aplicables supletoriamente, tanto si las cooperativas se consideran asociaciones de interés particular, como si se incluyen dentro de las sociedades, ya civiles o independientes, es decir cooperativas.

Nos referimos, por supuesto, al paralelismo con las sociedades particulares, no universales, para parcelar y construir dentro del tráfico inmobiliario, que son consideradas tradicionalmente como sociedades civiles²⁷², ya que ésta es la actividad de las Cooperativas de viviendas.

En algunos aspectos puede establecerse una comparación positiva entre la sociedad civil y las Cooperativas, al igual que ocurre respecto de la sociedad colectiva, como serían la especial consideración de los sujetos en la relación entre la Cooperativa y sus socios, su ingreso, baja o expulsión. Sin embargo, otras muchas de las cuestiones cooperativas tienen matices propios, como la forma, registro, responsabilidad, aportación económica, organización, que en las Cooperativas adoptan esquemas distintos, algunos de ellos inspirados en las sociedades de capital. A estas diferencias, se añade que no parece lógico solucionar los problemas cooperativos aplicando las normas de la sociedad civil, que no está pensada para ello, en parte por el escaso

Si se acepta su carácter básico, sus normas serán aplicables aunque admitamos que la Cooperativa es una asociación (concepto estricto de sociedad), por la aplicación supletoria y analógica de las normas de la sociedad civil, en defecto de normas asociativas sobre la organización interna y externa de ésta; y también cuando se considere sociedad independiente, no mercantil ni civil, por aplicación supletoria de las normas de la sociedad civil, admitida como tipo básico.

²⁷² (STS: 11-5-1971, 28-10-1972, 2-5-1974, 19-1-1976, 4-11-1981, 3-4-1982, 29-1-1983- ésta en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil nº 1, pág. 143-, 29-3-1984).

Las Cooperativas podrían incluirse en las sociedades particulares ocasionales, no permanentes, para un negocio o empresa determinada. Las Cooperativas de viviendas generalmente son sociedades ocasionales, pudiendo serlo para un negocio o para una empresa determinada. En el caso de un negocio no hay duda, porque el régimen es el de la sociedad civil. En el segundo, debe establecerse el carácter mercantil o civil de la actividad ejercitada por la empresa y, en este caso, las Cooperativas no lo son, no ya por la actividad inmobiliaria en sí, sino por la falta de habitualidad o continuidad en su actividad, y por ser el destino de ésta el consumo propio o privado de los socios. Así ocurre en los casos de asociaciones, entendido este término de forma genérica, o de comunidades dedicadas a la construcción de inmuebles para uso propio de los asociados.

desarrollo de la figura cooperativa en la época en que se dictó el Código Civil, y también por su regulación en la Ley de Asociaciones de 1887. A ello se une que las Cooperativas tienen su propia normativa, lo que no significa que pueda hacerse referencia a otras normas a efectos de interpretación o aplicación.

Las Cooperativas cumplen los caracteres de la sociedad civil resumidos en la naturaleza contractual, obligatoria y de organización²⁷³. El contrato de sociedad, entendido en sentido amplio, se caracteriza por la voluntariedad en su constitución, la pluralidad de sujetos y el fin común junto al fin personal de cada uno²⁷⁴, condiciones genéricas predicables de las Cooperativas. Si, por el contrario, nos centramos en un concepto de sociedad estricto²⁷⁵, en que fin común se identifica con lucro, no podría extenderse el

²⁷³PAZ-ARES, C: "*Comentarios al Código Civil*"... *cit.*, pág. 1313. Paz-Ares mantiene que los caracteres del contrato de sociedad son el carácter contractual, obligatorio y de organización, y aunque estos caracteres los predica de forma genérica para la sociedad general, son aplicables también a la sociedad civil. Recoge estos caracteres, CAPILLA, F: "*La sociedad civil*"... *cit.*, pág. 36 y ss; Raíz en un contrato social (cuestión discutida porque no está claro que sea un contrato, admitiéndose también otras calificaciones como: acto colectivo, complejo, contrato de colaboración o asociativo), oneroso (socios contribuyen y obtienen beneficios), conmutativo (aportación de los socios que reciben contraprestación a cambio) y sinalagmático. También, CAPILLA RONCERO, F: "*Comentarios al Código Civil*"... "art. 1695 y ss..." *cit.*, pág. 10 y ss.

²⁷⁴PAZ-ARES, C: "*Comentarios al Código Civil*"... *cit.*, pág. 1300 y ss. Estos son los elementos esenciales en opinión del autor. Se plantean dudas respecto a la causa o fin común y su relación con el objeto social. La doctrina más tradicional, en el sentido expuesto más arriba, separaba fin común o causa (que en el contrato de sociedad se concreta en ánimo de lucro), de objeto social. Paz-Ares une ambos conceptos, distintos pero integrados, entendiendo que el fin común está integrado por un fin formal y uno material. El fin último o abstracto, formal, subjetivo puede ser el ánimo de lucro u otro. Esta amplitud de la noción de fin común en el concepto de sociedad contribuye a que, este autor dé entrada a otras figuras societarias, como las Cooperativas (fin común: construcción de viviendas); y el fin próximo o concreto, material, el objeto social es la estructuración de la sociedad, la definición del ramo o sector de actividad en que actúa la sociedad. Respecto al concepto de fin común o causa se plantean los problemas de distinguir ambos fines, formal y material, y de separarlos, a su vez, de los motivos individuales. El objeto del contrato de sociedad está integrado por las aportaciones prometidas por los socios, siendo éstas cualquier bien valorable económicamente.

En las Cooperativas de viviendas, el fin formal, que coincide con el motivo último, es la obtención de viviendas en condiciones más ventajosas, no la obtención de beneficios; el fin material, la construcción de dichas viviendas; y el objeto del contrato de sociedad es la cantidad que cada socio aportará para la ejecución del fin común. Sin embargo, la aportación para la construcción de las viviendas no responde a ninguno de estos conceptos, al no ingresar en el capital social. Esta cuestión, materializada en la adjudicación de vivienda al socio, nos hace dudar de la relación entre la sociedad civil y la Cooperativa, que sólo afectaría a aspectos societarios formales de la Cooperativa, en el caso de viviendas.

²⁷⁵CAPILLA RONCERO, F: "*Comentarios al Código Civil*"... "art. 1695 y ss..." *cit.*, pág. 10 y ss: Los elementos del contrato de sociedad son, en opinión de algunos autores, las partes, el objeto social y el fin común. Los aspectos más conflictivos, y doctrinalmente controvertidos son los dos últimos. El objeto social se contempla desde dos aspectos, de una parte el objeto de las obligaciones asumidas por los socios (especialmente la obligación de aportar), y de otra el conjunto de actividades que los socios deben desarrollar en común, la actividad común o ramo de actividad a que se dedican. El fin social debe de ser común, partible y lucrativo (no es preciso que se

régimen de la sociedad civil a las Cooperativas, por carecer del mismo fin que las primeras, al dedicarse a la ayuda mutua y la satisfacción de los intereses comunes, salvo algunos aspectos en que se aplicaría supletoriamente por las deficiencias del régimen de asociaciones. Las Cooperativas pueden responder en teoría a las notas generales de algún tipo social, pero en la práctica se encuentran teñidas de caracteres y circunstancias distintas de las de otras figuras.

La sociedad civil prevé la libertad de forma, debiendo constar por escrito, según dispone el artículo 1667 en relación con el 1278 del CC. A diferencia de esto, en la Cooperativa se adopta la exigencia de escritura pública e inscripción en el Registro como requisitos constitutivos²⁷⁶. Sólo se permite la inobservancia temporal de estos requisitos, regulada en el art. 9²⁷⁷ LC –antiguo art. 10 LGC–, como Cooperativa en formación, sin personalidad jurídica, hasta que se cumplan los requisitos de forma²⁷⁸.

constituya un patrimonio social). La consideración del lucro como elemento de la sociedad civil impide el paralelismo entre éstas y las Cooperativas.

²⁷⁶ El art. 7 de la Ley de Cooperativas actual exige para la constitución la escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro para la adquisición de personalidad jurídica, continuando con la previsión de la LGC, art. 6. Por supuesto, el texto es de clara inspiración mercantil.

²⁷⁷ Regulada en el art. 9, no hace referencia a las actividades de los gestores como el art. 11 de la LGC (todas las actividades necesarias para la constitución) sino a los actos o contratos celebrados antes de la inscripción; ni tampoco al plazo de un año, previsto por la LGC, a partir del cual, en ausencia de inscripción los bienes aportados quedaban afectos a los actos, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de los que actuaron. Su redacción era muy parecida en el Proyecto inicial. En el artículo siguiente, el 10.2, la LC contempla plazos y circunstancias de la constitución y registro, un mes desde el otorgamiento de la escritura; a partir de seis meses se requiere ratificación de ésta, y a partir de doce meses el Registro puede denegar la inscripción con carácter definitivo.

²⁷⁸ La doctrina afirma que esta posibilidad de Cooperativa en constitución no es un caso de sociedad irregular ni interna, sino una sociedad civil o mercantil: PAZ CANALEJO, N: “*Comentarios al Código de comercio... tomo XX: LGC*”. Edersa 1989, pág. 165. Suponemos que el autor se refiere a su carácter no cooperativo, una vez superado el plazo de adopción de formalidades. El problema se plantea, al no existir plazo máximo, si esto no ocurre. También es difusa la designación de las actividades necesarias para su constitución. La sociedad en constitución no es una sociedad interna, porque lo que pretende es actuar como cooperativa frente a terceros. Los actos celebrados por Cooperativa en constitución son responsabilidad de los que actúan por ella, solidariamente, como si no existiese, salvo que la Cooperativa ya constituida los asuma. En tal sentido, se aplicarían las normas de la sociedad civil interna a estos supuestos (art. 1669 que se remite a la comunidad de bienes). CAPILLA RONCERO, F: “*Comentarios al Código Civil... art. 1695 y ss... cit*”, pág. 37 y ss, lo que no parece fácil puesto que no se trata de una sociedad interna, hay voluntad de que los terceros la conozcan como cooperativa, y se establece el régimen de responsabilidad solidaria de los intervinientes. Según PAZ-ARES, C: “*Comentarios al Código Civil... cit*”, pág. 1352, la sociedad externa requiere una organización y es el tipo normal y legal, y la interna se estructura como relación obligatoria entre socios, sin eficacia externa ni personalidad jurídica.

Si nos referimos a la naturaleza contractual intuitus personae de la sociedad civil²⁷⁹, pese a su semejanza a priori, las Cooperativas tienen sus propias especialidades respecto del ingreso del socio y el cese en dicha condición. Tal como se presenta la regulación actual de las Cooperativas, la cuestión de la responsabilidad de los socios por su aportación plantea diferencias insalvables con la sociedad civil, al ser ilimitada en la sociedad civil y limitada en las Cooperativas a la cuantía de la aportación²⁸⁰ -podría haberse optado por la responsabilidad ilimitada o suplementada en las mismas-. La condición de socio produce efectos en el plano organizativo y el obligatorio en ambas entidades²⁸¹, encontrándose las Cooperativas teñidas de un aspecto suplementario y esencial, incluido como derecho y deber de cada socio, la actividad cooperativa. En las

No parece tan claro que no se trate de una sociedad cooperativa irregular, por falta de publicidad legal, tal y como la entiende, PAZ-ARES, C: “*Comentarios al Código Civil*”... *cit.*, pág. 1338, como sociedad que realiza actos válidos con terceros, aunque no puede oponer a éstos las reglas del contrato social que alteren el derecho dispositivo porque no gozan de publicidad legal, respondiendo los que actúan frente a éstos solidariamente. El problema es que este autor la considera sociedad colectiva, y se remite a la sociedad colectiva. En este sentido lo planteaba GIRÓN, J: “*Derecho de sociedades*”... *cit.*, pág. 240 y ss, que revisó la interpretación tradicional separando la irregularidad, de la forma (antes irregular era equivalente a ausencia de efectos frente a terceros y de personalidad jurídica, con la consiguiente nulidad de lo actuado y responsabilidad de los actuantes en nombre de la sociedad). En opinión de este autor, la omisión de forma no afecta a la personalidad jurídica, ni a los efectos frente a terceros. La irregularidad se produce por la falta de publicidad legal del Registro, afectando a las sociedades mercantiles y no a las civiles (puesto que éstas no son registrables). Sin embargo la LGC, al someter la adquisición de personalidad jurídica al cumplimiento de los requisitos de forma, parece excluir que pueda tratarse de una sociedad irregular

²⁷⁹ El carácter intuitus personae de la sociedad civil encuentra su expresión en los art. 1696 y 1700 del CC, siendo la condición de socio intransmisible salvo excepciones, art. 1696, 1700.3º y 4º y 1704 y ss. En las Cooperativas, tanto la transmisión de aportaciones, como la de los servicios cooperativos, está sujeta a la condición de que el nuevo titular sea socio, previstos en el art. 50 de la LC –art. 78 de la LGC-. Sin embargo, el cese de la relación social respecto de un socio, por baja o expulsión, no provoca la disolución de la Cooperativa, uno de cuyos principios es el de puerta abierta, o libre adhesión, en términos del art. 1 de la LC –art. 1 de la LGC-. Por ello se afirma que la Cooperativa presta especial atención a las personas que son socios, pero no es equiparable a las sociedades personalistas como la sociedad civil, salvo que se entienda que es una sociedad personalista sujeta al principio de libertad en el ingreso y cese.

²⁸⁰ Y ello pese a que entendamos que la responsabilidad por las deudas que afecten a la actividad cooperativa son ilimitadas, y el socio responde personalmente por ellas, aunque el art. 15.3 LC –art. 71 LGC- plantee la responsabilidad limitada a la aportación por las deudas sociales. En la Ley actual, al igual que ocurría en la LGC, no se hace referencia a las deudas cuya base sea la actividad cooperativa.

²⁸¹ En la sociedad civil, el socio interviene en el contrato social y es parte de él, por lo que deviene titular de derechos y obligaciones. Esto se manifiesta en dos aspectos, la participación en la sociedad y la ajenidad respecto de la misma. La posición de socio, en derecho general de sociedades, es definida como una relación jurídica: CAPILLA, F: “*La sociedad civil*”... *cit.*, pág. 168 y ss, aunque otros autores, como Paz-Ares, plantean que se trata de un derecho subjetivo: PAZ-ARES, C: “*Comentarios al Código Civil*”... *cit.*, pág. 1325. Los efectos de la condición de socio se producen en dos planos, organizativo (personificación del grupo) y obligatorio (derechos y obligaciones, divididos en patrimoniales y no patrimoniales).

Cooperativas existe una posición jurídica de cooperación junto con una estructura organizativa clara y definida en la Ley, lo que las acerca a las sociedades de capital que tienen una organización importante, y las distancia de las personalistas, como la civil, en las que pese a la cooperación hay carencias de organización.

La cuestión organizativa o de administración, en principio, aleja a las Cooperativas de la sociedad civil. No son asimilables el sistema de administración y organización de la sociedad civil y el de las Cooperativas. En la primera, se prevé su establecimiento por pacto, con el principio general subsidiario de administración de todos los socios²⁸². En las Cooperativas el esquema organizativo viene impuesto por Ley, de forma semejante a las sociedades de capital y a la estructura asociativa en general, y se configura en torno a una serie de órganos con funciones distintas, aunque éstos formados también por los propios socios. En la sociedad civil, el objeto social, el fin social y los elementos básicos del contrato social pueden ser considerados límites fundamentales a las facultades de administración y representación²⁸³-cuando se establecen con un tercero concreto, tienen publicidad de hecho y se oponen a él-, circunstancias que no limitan la actuación de los órganos cooperativos -al igual que sucede en las sociedades mercantiles-, salvo que sean cuestiones que imperativamente hayan sido establecidas por Ley como las del 21.2²⁸⁴ de la LC y no por los Estatutos, art. 32.1 de la LC -que corresponden a las limitaciones legales sujetas a nulidad del artículo 43.2 de la LGC

²⁸² En la sociedad civil rige el principio de que todos los socios pueden ser administradores por su condición de tales, sean o no elegidos para ello: CAPILLA RONCERO, F: *“Comentarios al Código Civil...”* art. 1695 y ss... *cit*, pág. 437.

²⁸³ CAPILLA RONCERO, F: *“Comentarios al Código Civil...”* art. 1695 y ss... *cit*, pág. 461 y ss. Estos límites producen efectos internos entre el administrador y la sociedad. El exceso en la actuación no repercute sobre la sociedad excepto en casos de enriquecimiento injusto de ésta.

²⁸⁴ La Ley de Cooperativas de 1999 suprime la referencia a materias legalmente imperativas de la Asamblea en su art. 21.3 como causa de nulidad y las califica de indelegables, considerando exclusivas de ella las del art. 21.2. y sólo se refiere, en el art. 32.1., a que no afectan a terceros las limitaciones estatutarias: lo que no modifica el criterio general de protección de terceros de buena fe.

respecto de la Asamblea, según dispone también el art. 53.2 de la misma-, o que se demuestre el conocimiento y la mala fe del tercero afectado. En tal sentido se manifiesta la jurisprudencia, favorable a los terceros de buena fe que actúen con la persona jurídica²⁸⁵ -.

En la sociedad civil se prevé la posibilidad de que los socios pacten un régimen de administración determinado²⁸⁶ pero, en defecto de éste, el propio Código establece uno

²⁸⁵ Así lo recoge VICENT CHULIÀ, F en PAZ CANALEJO, N; VICENT CHULIÀ, F: *"Comentarios a la Ley General de Cooperativas"*, vol. 1º... *cit*, pág. 148 y ss. También aporta como solución a la actuación excesiva, en algunos casos, como cuando la cooperativa que persigue la obtención de beneficios: *"cuando se constituye una Cooperativa de viviendas con la finalidad de utilizarla como mera técnica de promoción por un constructor o por una empresa de servicios o de gestión"*..., la teoría del abuso de derecho y el levantamiento del velo. En este sentido, como matiza DE ÁNGEL YAGÜEZ, R: *"La doctrina del 'levantamiento del velo' de la persona jurídica en la jurisprudencia"*. Civitas, Madrid 1997, pág. 255 y ss, para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo debe respetarse, salvo excepciones (pág. 259), que se produzca realmente un abuso o fraude. En algún caso puede admitirse que se trate de evitar el enriquecimiento injusto por aplicación del principio de equidad, pág. 181 y ss. Aunque el TS no lo admite en algún caso (STS 30-1-1997), según el mismo autor, pág. 262 y ss, parece que la doctrina del levantamiento del velo podría aplicarse en protección de las personas que constituyen la persona jurídica siempre que no participaran en la conducta abusiva o fraudulenta.

²⁸⁶ Si se establece un régimen de administración concreto, el CC exige la aplicación de los art. 1692 a 1694, en base a los cuales el régimen debe contar con el consentimiento de todos los socios porque implica una disminución de facultades de administración de unos socios en favor de otros. El consentimiento puede ser expreso o tácito, éste último en casos excepcionales: CAPILLA RONCERO, F: *"Comentarios al Código Civil..."* art. 1695 y ss... *cit*, pág. 459. La doctrina tradicional ha basado la posición del administrador en el mandato de los socios. La doctrina actual, entre la que se encuentra Capilla (según el cual, las facultades derivan de la Ley) y Paz-Ares (este último considera que es el contrato social la fuente de estas facultades), diferencia los distintos tipos de administradores: los constitucionales cuya base es societaria, por el contrato, y los funcionales, con base en la relación gestora de mandato pero en íntima relación con el contrato social, como órgano de la sociedad. Si se admite el nombramiento de un tercero como administrador, éste no adopta la posición de tal sino que se le otorgarán determinadas facultades en función de un mandato. En las Cooperativas la administración se encomienda a los órganos sociales, pudiendo intervenir terceros como apoderados, o como encargados de la gestión, aunque se encargan más bien de la ejecución de la gestión.

La posibilidad de exigir la rendición de cuentas a los socios-administradores en la sociedad civil, aunque no contemplada en el CC expresamente, ha sido exigida por la doctrina y la jurisprudencia aplicando el art. 1720 del CC que mantiene la obligación del mandatario de rendir cuentas, y que es admitida además en las sociedades mercantiles. Esta interpretación ha respondido a dos tendencias: la primera y tradicional considera que los administradores de la sociedad son mandatarios, y la segunda no admite lo anterior pero aplica analógicamente este artículo. En las sociedades mercantiles, dicha obligación se concreta en el deber, más amplio, de información a los socios: CAPILLA RONCERO, F: *"Comentarios al Código Civil..."* art. 1695 y ss... *cit*, pág. 365. En referencia a las Cooperativas, hemos de tener en cuenta que la LC alude directamente al derecho de información de los socios en el art. 16, y no a la rendición de cuentas, aunque se entiende que también es exigible en ellas –deducible del art. 36 de la LGC–.

Tanto los administradores de la sociedad civil como los socios que formen parte de los órganos cooperativos tienen la posibilidad de exigir el reembolso de las cantidades que utilicen para asuntos sociales, y de los gastos que les produzcan, al margen de que la sociedad se beneficie o no: art. 1688 CC y 40 LC –art. 59 de la LGC–.

supletorio²⁸⁷. La normativa cooperativa regula, desde siempre, una estructura organizativa, en parte preceptiva y en parte sujeta a la voluntad de los socios, manifestada en los Estatutos. No se admite una organización diferente, porque entonces no nos encontraríamos ante una Cooperativa, sino ante otra entidad diferente, incorporándose la organización a la escritura de constitución de la Cooperativa, que será objeto de inscripción en el Registro de Cooperativas (art. 10 LC) –art. 14 LGC–.

Admitida que la representación es distinta de la administración²⁸⁸, aquélla es ejercida por los órganos encargados de ésta, como representación orgánica. La representación en la sociedad civil es del tipo orgánico pero no excesivamente fuerte, correspondiendo a los socios. En las Cooperativas, la representación debe realizarse por los socios que formen parte de los órganos legalmente encargados de ella. En la sociedad civil la actuación de los encargados de la administración debe realizarse por cuenta y en nombre de ella y con facultad para vincularla, limitada a su objeto social. La facultad, entendida como legitimación, tiene como límite el art. 1695.4º: el objeto social y el fin social²⁸⁹. Respecto a la sociedad civil, no hay unanimidad acerca de la vinculación de

²⁸⁷ El CC establece para la sociedad civil un régimen supletorio de administración en defecto de pacto, en el artículo 1695 (administración de todos los socios, separada, con los límites de la oposición de los demás, la buena fe, el deber de información y de fidelidad). Estudia detalladamente dicho régimen CAPILLA RONCERO, F: “*Comentarios al Código Civil...*” art. 1695 y ss... *cit.*, pág. 446 y ss.

²⁸⁸ “*Caracterizado de esa forma genérica el concepto de relaciones sociales externas, llama la atención su cercanía con el concepto, anteriormente abordado, de administración social. En efecto, la administración social comprendía todas las actividades tendentes a la consecución del fin social, las relaciones sociales externas son las entabladas con terceros y que producen vinculación directa de la sociedad, dentro del marco requerido por el objeto y fin sociales. La diferencia evidente estriba en la mayor restricción de este segundo concepto: la administración social comprende todos los actos, mientras que las relaciones sociales externas se refieren solamente a las entabladas con terceras personas que producen esa vinculación directa. Luego, cabe afirmar que las relaciones sociales externas se integran dentro de las facultades propias de las personas encargadas de la administración social.*” CAPILLA RONCERO, F: “*Comentarios al Código Civil...*” art. 1695 y ss... *cit.*, pág. 518. Admitida en la sociedad civil la relación entre administración (más amplia) y representación (más estrecha), o la consideración de un punto de vista interno o externo, se mantiene el carácter de órgano del socio representante, sin existir una representación en sentido estricto (teoría de la representación).

²⁸⁹ CAPILLA RONCERO, F: “*Comentarios al Código Civil...*” art. 1695 y ss... *cit.*, pág. 524 y ss. El autor distingue la sociedad civil de las mercantiles. En las primeras el objeto social es un límite a las facultades, oponible a terceros salvo que se trate de instrucciones reservadas o que se trate de un supuesto de representación aparente o indirecta, aunque matiza el autor que el conocimiento de los límites convencionales

los terceros por la actuación de los socios; según una versión los límites afectan a terceros siempre que los socios demuestren que conocían los límites impuestos, comunicados por los propios socios, y ello porque la ilimitabilidad no es aplicable a la legislación civil que no quiso la protección de terceros a costa de los socios –criterio que parece difícilmente aplicable en la actualidad-; y según otra no puede admitirse que el poder no sea limitable por aplicación de las reglas de la sociedad colectiva –y también por el criterio que el TS mantiene en materia societaria con relación a terceros, sobre la base del principio de protección de los mismos y de seguridad jurídica-. En las Cooperativas la actuación vincula a la Cooperativa, excepto que demuestre que el tercero de mala fe conocía los límites legales del órgano de administración y representación²⁹⁰, de forma similar a lo que ocurre en el resto de sociedades.

En la sociedad civil, los derechos de los acreedores de los socios están subordinados a los derechos de los acreedores de la sociedad, pero se les otorga la posibilidad de solicitar el embargo y remate de la participación social del socio, extinguiéndose la sociedad. En las Cooperativas, los acreedores de los socios no tienen ningún derecho sobre las aportaciones y los bienes de la Cooperativa, derecho que les es negado por la disposición adicional tercera de la LC -art. 79 de la LGC-, que les otorga facultades, exclusivamente, sobre los reembolsos, intereses y retornos del socio²⁹¹.

por los terceros es una carga de los socios, que deben darlos a conocer y probar este conocimiento. El conocimiento del tercero probado por los socios es la base de oponibilidad o no de estos límites.

²⁹⁰ STS 30-12-1993 (Ar. 9912), fundamentos de derecho primero a octavo y STS 27-9-1995 (Ar. 6453). En ambos casos, lo actuado con terceros por el Consejo Rector y el Presidente de la Cooperativa es válido, por tratarse de terceros de buena fe.

²⁹¹ “Tercera. Derechos de los acreedores personales de los socios. Los acreedores personales de los socios no tendrán derecho alguno sobre los bienes de las Cooperativas ni sobre las aportaciones de los socios al capital social, que son inembargables. Todo ello, sin menoscabo de los derechos que pueda ejercer el acreedor sobre los reembolsos, intereses y retornos que correspondan al socio”. Los términos son muy similares a los de la LGC, aunque a diferencia de ésta, que se refería a “los satisfechos al socio”, la LC matiza que “los que correspondan”; yo entiendo que sobre éstos tienen derechos aunque no hayan sido satisfechos todavía.

Aunque algunas notas relativas a la aportación son similares en un caso y en otro²⁹², civil y cooperativo, las Cooperativas también tienen sus propias reglas²⁹³, tanto con relación a las aportaciones al capital social, como en las aportaciones para la obtención de la vivienda en las Cooperativas de este tipo, especialmente en este último caso en que las cantidades no ingresan en la Cooperativa, puesto que la obtención de vivienda supone una ventaja, pero en ningún caso un beneficio²⁹⁴. En las Cooperativas se distingue la aportación del socio, de la entrega de servicios cooperativizados a éste. No

²⁹² Podría admitirse que la Cooperativa y los socios no son terceros en términos absolutos, por la especialidad de su relación, no exclusivamente capitalista sino de contribución a la actividad económica, al igual que ocurre, según Capilla, en la sociedad civil: CAPILLA RONCERO, F: *"La sociedad civil"*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 1984, pág. 145. Reiterada en *"Comentarios al CC"* art. 1695 y ss... *cit*, pág. 201. La sociedad civil no es un tercero porque no es ajeno a los socios. La aportación a la sociedad civil no es una enajenación, es una semienajenación según Capilla y, en consecuencia, la sociedad no es tercero respecto de los socios. Sin embargo, en el supuesto cooperativo hay que distinguir, de un lado, la aportación al capital cooperativo que es una enajenación, y en tal sentido la Cooperativa es un tercero frente a los socios (responden *limitadamente por la cuantía de la aportación*), de las aportaciones al ejercicio de la actividad cooperativa, que no ingresan en el capital ni el patrimonio cooperativo, y si podrían gozar de este carácter de semienajenación entre los socios.

En ambos casos, civil y cooperativo, la aportación debe hacerse efectiva o ser entregada a la sociedad como configuración del patrimonio común, como conjunto de bienes y como garantía de terceros: puede consistir en bienes, derechos e industria (empresas o establecimientos según el art. 45 LC -72 LGC-), que pueden aportarse a título de propiedad o de uso. Pese a que en las normas generales de la LC no se aluda a ello, las aportaciones también pueden ser de uso en algunas clases de Cooperativas (ej: Cooperativas de explotación comunitaria de la tierra). La aportación de industria en la sociedad civil puede realizarse mediante la dedicación de un socio a la administración y gestión de la misma: CAPILLA RONCERO, F: *"Comentarios al Código Civil..."* art. 1695 y ss... *cit*, pág. 228. En las Cooperativas la aportación de los socios de trabajo es de capital, siendo el trabajo la actividad cooperativa. No podría, por tanto, considerarse la actividad de gestión cooperativa como aportación, aunque no descartamos que pueda ser un servicio o actividad cooperativa. Es semejante la figura del socio civil de industria y la del socio de Cooperativas de trabajo asociado o de explotación comunitaria de la tierra.

En el caso de la sociedad civil no está clara la obligación de entrega. Es esencial en opinión de algunos autores como Capilla, aunque no hay unanimidad respecto a que la entrega sea necesaria: CAPILLA, F: *"La sociedad civil..."* *cit*, pág. 25 a 166.

²⁹³ En la sociedad civil se discute el carácter esencial de la aportación, que no precisa constar oficialmente. La aportación es esencial y necesaria en las cooperativas para adquirir la condición de socio, que además exigen la constancia y publicidad del capital social (art. 45 LC -art. 72 LGC-), y un desembolso mínimo de la misma (art. 13.5 LC -art. 31 LGC-).

²⁹⁴ Además, seguimos manteniendo que dependerá de la clase de Cooperativa que se trate. En las de viviendas los socios obtienen una ventaja, un "beneficio" entendido en sentido vulgar, respecto de su aportación al capital, y también en las prestaciones que la Cooperativa les facilita (el inmueble), pero existe beneficio como resultado producido y partible. La ventaja en los servicios que reciben no es un beneficio, no se reparte de forma activa sino pasiva, puesto que puede entenderse como disminución de precio o como aumento de calidad. No hay una obtención de ganancia añadida o producida sino una disminución en el precio, en el capital. La mayor o menor amplitud en este concepto de beneficio o lucro ha servido a la doctrina para admitir las asociaciones de interés particular no lucrativas e incluir a las Cooperativas en ellas, o incluir dentro de las sociedades a las Cooperativas. La opción de ampliar el interés general hasta límites excesivos es desechada. También se distingue el lucro, como actividad especulativa mercantil, del lucro como utilidad o ganancia.

hay relación entre la entrega de servicios cooperativos y otros elementos de otras sociedades, teniendo en cuenta que tampoco son ventas.²⁹⁵

Inherentes a la condición de socio, se atribuyen a éste una serie de derechos y obligaciones que, salvo cuestiones excepcionales, son de origen similar en las sociedades en general. Las notas de identidad, independencia e interrelación que surgen entre los socios civiles²⁹⁶, también son predicables respecto de las Cooperativas²⁹⁷.

Los derechos patrimoniales en la sociedad civil²⁹⁸ son la participación en resultados²⁹⁹ - periódica y repartida-, la cuota de liquidación en el momento de extinción de la sociedad y el reembolso de gastos. En las Cooperativas no existen estos derechos patrimoniales. Con relación a la participación en resultados, existe una ventaja para el socio cooperativo sobre la actividad cooperativa, pero no hay resultados sujetos a división o reparto periódico basados en la aportación – como resultado se entiende el producido-. La actividad cooperativa, esencial a la sociedad, genera gastos, pérdidas o

²⁹⁵ PAZ CANALEJO, N: “*Comentarios al Código de comercio... tomo XX: LGC*”, Edersa 1989, pág. 160: “No constituyen actos de intermediación desde el punto de vista jurídico-privado ni desde el punto de vista fiscal”.

²⁹⁶ Las notas de identidad, independencia e interrelación entre los socios, o lo que es lo mismo, la igualdad cualitativa de ellos, el derecho a participar y su consideración *intuitu personae* pueden aplicarse al resto de sociedades personalistas, según Capilla, al igual que el resto de normas de la sociedad civil que entiende aplicables a las sociedades personalistas, sin perjuicio de que a los casos mercantiles se les aplique el C de c. CAPILLA RONCERO, F: “*Comentarios al Código Civil... art. 1695 y ss... cit*, pág. 161 y ss.

²⁹⁷ En principio, si tenemos en cuenta los principios de, un socio un voto (cada vez más desvirtuado como se observa en el art. 26.2 del actual Proyecto de Ley general de Cooperativas de 1998, que prevé el voto ponderado según la actividad cooperativa), la democracia y participación en los órganos cooperativos, y la necesidad de ser socio para ser titular de una aportación, parece que las notas aludidas si existen en las Cooperativas.

²⁹⁸ Así se deduce de los artículos 1689, 1690, 1691 y 1708 del CC. En relación a la aportación, base de estos derechos económicos, puede verse CAPILLA, F: “*La sociedad civil*”... *cit*, pág. 193 y ss.

²⁹⁹ CAPILLA RONCERO, F: “*Comentarios al Código Civil... art. 1695 y ss... cit*, pág. 351 y ss. Según el autor, la participación en resultados es “*el derecho que asiste a cada socio de obtener una parte de los beneficios o padecer la repercusión de las pérdidas habidas como consecuencia del desenvolvimiento de las gestiones sociales*”, elemento esencial en la sociedad civil, porque refleja el ánimo de lucro. Esta participación en resultados, en la sociedad civil es entendida por éste como un derecho a la ganancia íntegra y su reparto, no como un derecho genérico. En base a esta postura, la inexistencia de beneficios en las Cooperativas las excluye de su consideración como sociedades. Esta opinión provocaría la consideración de las Cooperativas como asociaciones privadas de interés particular. Las sociedades, cuando sean lucrativas tendrán esencialmente una participación en pérdidas o ganancias las sociedades. Como hemos visto, la amplitud de ambos conceptos, sociedad y lucro, conlleva la posibilidad de admitir que las Cooperativas son sociedades.

derecho a retornos, a cargo o a favor de los socios, y puede ser objeto de reembolso en caso de cese de la relación social, pero no tiene relación con la aportación a la Cooperativa. Los derechos patrimoniales del socio cooperativo se refieren tanto a las actividades cooperativas realizadas por el socio –pérdida, retornos, reembolso-, como a la aportación al capital social -percepción de intereses por las aportaciones, si se prevé en los Estatutos, actualización y devolución de las aportaciones en caso de extinción de la Cooperativa-. Ninguno de estos derechos es asimilable a la participación en resultados ni responden a la finalidad de ésta, lo que nos permite afirmar la inexistencia de participación de resultados en la Cooperativa -y ello aunque algunos autores consideren el retorno como un beneficio o resultado, aunque no se distribuya en función de la aportación-. En esta cuestión, no debemos olvidar que la ventaja cooperativa no ingresa ni en el patrimonio ni en el capital de la persona jurídica cooperativa, quedando en manos de los socios en conjunto, y sujeta a la determinación de su destino y distribución, que realiza la propia Cooperativa. No afecta a esta cuestión el que la ventaja exista pero no se haya determinado su empleo, porque el origen y destino son diferentes de los resultados basados en el aportación. Con relación a los derechos económicos en general, en la sociedad civil se concede a los socios mayor intervención en los mismos, mediante pacto, mientras que en las Cooperativas la mayoría de los aspectos vienen expresamente regulados en la Ley, que limita la autonomía de la voluntad.

El derecho del socio civil a la cuota de liquidación surge por la extinción de la sociedad³⁰⁰, situación que difiere en la Cooperativa. Deberíamos plantearnos cual sea el

³⁰⁰CAPILLA RONCERO, F: *Comentarios al Código Civil...* "art. 1695 y ss... cit, pág. 572 y ss: El autor es contrario a la aplicación de las normas de las sociedades mercantiles a las sociedades civiles, por las distintas circunstancias de ambas. El problema que se plantea respecto a la aplicación de unas u otras a las

interés que debe protegerse en las Cooperativas en el momento de extinción. La liquidación del patrimonio social en la sociedad civil conlleva la distribución del capital -valor conjunto de las aportaciones que se distribuye según lo aportado- y de los resultados -ganancias o pérdidas que se distribuyen según lo pactado- entre los socios, como manifiesta el art. 1687. El art. 75 de la LC actual plantea un destino distinto para el patrimonio cooperativo en caso de extinción (la LC da prioridad absoluta a los acreedores, omitiendo la referencia en primer lugar a los fondos cooperativos como hacía la LGC en el art. 112). La adjudicación del haber social se realiza siguiendo un doble régimen, que adopta criterios sociales y criterios asociativos. La adjudicación tiene en cuenta previamente, por supuesto, el pago de las deudas y, a continuación, en primer lugar, el importe del fondo de educación a la entidad federativa en que estuviera la Cooperativa, el reintegro de las aportaciones a los socios deducidos los beneficios y pérdidas y la dedicación del remanente a la Cooperativa designada, o federación o confederación a que perteneciera la anterior o a la promoción del cooperativismo. Como se observa, tras el pago de deudas y aportaciones a los socios, el remanente o sobrante no es objeto de reparto entre los socios, procediéndose a la disposición para el desarrollo de otras Cooperativas y la promoción del cooperativismo. No existe, en la liquidación del patrimonio social cooperativo, la noción de resultado distribuible entre los socios. La legislación cooperativa ha perseguido una intención similar a la adoptada respecto a las asociaciones en el artículo 39 del CC. Esta circunstancia nos aleja aún más de la buscada identidad entre sociedad civil y Cooperativa, puesto que en las primeras, por el fin de obtención de beneficios, el remanente se reparte entre los socios. Con relación a la extinción en sí, las causas de extinción de la sociedad civil

Cooperativas, es que las normas relativas a la extinción de las sociedades de capital tienden más a la

pueden ser, entre otras, por su carácter enunciativo, las del art. 1700 del CC. Las causas subjetivas como muerte o quiebra de un socio no son aplicables al derecho cooperativo. No ocurre así con las objetivas como el fin del plazo y la realización o imposibilidad del objeto social, que se enuncian también en la LC, aunque de forma más correcta como causas de disolución, en el art. 70 –art. 103 LGC–, previéndose, además, la reactivación si cesa la causa de disolución. La LC se ocupa del proceso de liquidación y extinción de la Cooperativa con normas específicas para ello, lo que no ocurre en la sociedad civil que se remite a las normas de partición de herencia.

Tanto en la sociedad civil como en las Cooperativas, los derechos no patrimoniales son los administrativos. En estas últimas, según dispone el art. 16 de la LC actual, se enumeran los derechos de elección, participación, baja voluntaria, información y formación profesional - art. 35 y 36 LGC: elector y elegible, formular propuestas, voz y voto, participar en la actividad cooperativa, de información y otros como el derecho de separación y el de oposición a los acreedores-.

Los deberes u obligaciones de los socios pueden ser patrimoniales y no patrimoniales, correlativos con los respectivos derechos. En este punto si hay similitud, en lo esencial, entre la sociedad civil y la Cooperativa. El deber patrimonial esencial, en la sociedad civil, es la aportación al capital social y el desembolso de estas aportaciones, en forma y plazos. Patrimonialmente, en las sociedades personalistas no es preciso la determinación inicial del capital social aportado y su valor, mientras que en las de capital si se exige la determinación de éste como elemento integrante y esencial de la sociedad. La LC exige que se determine el capital inicial en los estatutos, en su art. 11.1.f -art. 12.11º de la LGC–, y no lo admite en el concepto de Cooperativa como

protección de los terceros, mientras que las personalistas se ocupan de la relación social y la sociedad.

capital variable, en el art. 1º LC –si se admitía en el art. 1 LGC–, desembolsado en parte como obligación del socio en general impuesta por los art. 13 y 15 de la LC –art. 31.1, 34.2.g. LGC–. Los deberes no patrimoniales de la sociedad civil y de la Cooperativa son semejantes, regulándose estos últimos en el art. 15 LC, que se refiere a colaboración en el cumplimiento de los acuerdos, las obligaciones económicas y la actividad cooperativa, a la fidelidad: secreto y no competencia, así como a la aceptación de cargos sociales –el art. 34 LGC incluía como deberes: colaborar – asistencia a reuniones, cumplimiento de acuerdos, participación en las actividades cooperativas y en las de formación–, fidelidad³⁰¹ –guardar secreto, no competir con la Cooperativa–, administrar y aceptar los cargos.

Como ya dijimos al inicio de este apartado la Cooperativa es similar en algunos aspectos a la sociedad civil, aunque otros muchos son diferentes. Tras el paralelismo y comparativa realizado entre ambas, podemos afirmar que la Cooperativa es autónoma e independiente, con caracteres propios, lo que trae como consecuencia su regulación específica. Ello nos lleva a considerar la independencia de la Cooperativa respecto de otras sociedades, entendida siempre como sociedad en el aspecto organizativo, como empresa, que desde un punto de vista genérico no deja de ser asociación, y cuyo carácter cooperativo no impide que su actividad determine una condición añadida mercantil o civil. Se trata de una asociación, formalmente cooperativa –inspirada en las sociedades–, y objetivamente diferente según la clase que se trate. En el caso de las Cooperativas de viviendas, objeto esencial de la presente tesis, deben combinarse

³⁰¹ Dentro de los deberes no patrimoniales resaltamos por su interés, a los efectos de control de la actuación de los órganos sociales, el de fidelidad. El deber de fidelidad, entendido como *“la subordinación del interés individual del socio al social”*, es más intenso en las sociedades personalistas como la sociedad civil (art. 1682, 1684 y 1685 del CC), que en las de capital. En las Cooperativas este deber de secreto y no competencia estaba recogido en los artículos 34.2º.d y e LGC, y se incluye en la LC en el art. 15.2 c y f. Concepto del deber de fidelidad en CAPILLA RONCERO, F. “Comentarios al Código Civil...”, art. 1695 y ss., *cit.*, pág. 283.

necesariamente las normas cooperativas, formales y sustantivas en algunos aspectos específicamente cooperativos, con normas civiles sobre construcción inmobiliaria, adquisición de la propiedad... en lo que sea necesario. Las normas sobre la sociedad civil pueden, en algún caso, ser útiles para interpretar la legislación cooperativa, pero no como regla general sino como excepción, puesto que su esencia y razón de ser difieren.

La calificación societaria en este sentido formal, como sociedad cooperativa, no impide que se admita su carácter asociativo general, como veremos al analizar esta posibilidad en el apartado correspondiente. Dicha calificación societaria formal provoca que a lo largo de la tesis hagamos referencia a algunas cuestiones manteniendo la denominación de la Ley de Cooperativas: socio, aportaciones...

4. LA COOPERATIVA COMO ASOCIACIÓN: PARALELISMO ENTRE AMBAS FIGURAS.

4.1. Planteamiento y visión de la doctrina.

Los autores que se manifiestan a favor del concepto estricto de sociedad y de un concepto estricto de lucro, no admiten la inclusión de las Cooperativas entre las sociedades, precisamente por la ausencia de ánimo de lucro de éstas, elemento esencial de la sociedad, según ellos. Ofrecen una opción distinta, al distinguir, dentro de las asociaciones, las privadas de interés general y las de interés privado lucrativo (sociedades), o de otro tipo no lucrativo (que no son sociedades). Dentro de las asociaciones privadas de interés privado no lucrativo se encontrarían, entre otras, las Cooperativas. La base argumental de esta nueva clase asociativa es que no puede ampliarse el concepto de interés general hasta el punto de considerar incluido en él cualquier interés, ni tampoco ampliar el concepto de lucro, considerando incluida en él

cualquier ventaja patrimonial, debiendo entenderse éste en sentido estricto. Además, como razonamiento en favor de esta posibilidad, se añade que constitucionalmente está permitida la libertad de asociación, como criterio general en el artículo 22³⁰², y en consecuencia el legislador ha regulado expresa e independientemente algunas asociaciones como las Cooperativas. Por todo lo anterior, no se admite la inclusión de las Cooperativas dentro de las sociedades, sino en las asociaciones. Sin embargo, por los mismos estudiosos se admite la aplicación analógica de las normas de la sociedad civil a estas figuras, en lo que sea posible. Esta interpretación, al margen de que pueda ser o no admitida, aporta una idea interesante: cualquier norma societaria, en este caso civil, puede aplicarse analógicamente a las Cooperativas, siempre que sea permitido por el objeto y fin de éstas, y que sea posible y conveniente. De ello pueden extraerse muchas y distintas consecuencias. Primera, la normativa Cooperativa no debería inspirarse en normas societarias especiales como las anónimas, de forma tan literal como sucede en la actualidad, en la LC de 1999³⁰³, y sucedía en la LGC de 1987. En este sentido, extendiendo la aplicación de algunas normas de las SA a las Cooperativas

³⁰² Dentro de la posible aplicación del art. 22 de la Constitución a todo tipo de asociaciones, tampoco la doctrina es unánime. A las diversas posturas se refiere FERNÁNDEZ FARRERES, G: “*Asociaciones y Constitución*”... *cit*, pág. 163 y ss. Algunos autores consideran que no es aplicable a las sociedades, como VICENT CHULIÁ, F: “*Introducción al Derecho Mercantil*”... *cit*, pág. 181, al afirmar que el fundamento jurídico de éstas se encuentra más en otros artículos como el 38 que en el 22, tanto por ser sociedades, como porque su desarrollo no precisa L.O. Otros como Capilla o Aguiar de Luque, opinan que las sociedades se encuentran incluidas dentro de las asociaciones. Capilla manifiesta que no hay razón para excluirlas independientemente de que los intereses económicos afectados puedan encontrar o no tutela constitucional por otro cauce: CAPILLA RONCERO, F en: “*Derecho Civil. Parte general*”... *cit*, pág. 686. Aguiar de Luque y Elvira Perales matizan que aunque el término asociación es general, las sociedades no necesitan legitimidad constitucional para funcionar en el tráfico, a diferencia de otras asociaciones de carácter semipúblico: AGUIAR DE LUQUE, L y ELVIRA PERALES, A: Comentario al art. 22 de la CE: El derecho de Asociación, en comentarios a las Leyes políticas. O. Alzága. Edersa, Madrid 1997. Tomo II, pág. 621.

El Tribunal Constitucional, en la STC 23-2-1987 (Ar. 23), fundamento de derecho sexto, manifiesta que pese a que el término asociación incluye tanto las de finalidad no lucrativa como las de fines lucrativos, las sociedades, y en algún caso podría estimarse que existe una lesión del derecho de asociación respecto a este tipo de sociedades, es necesario plantear si el derecho lesionado es de naturaleza asociativa o tiene carácter económico, para acudir al Derecho de asociación o a otros de tipo económico.

³⁰³ Y ello aunque la LC en ocasiones, como en el propio artículo 1 y en el 89 relativo a las Cooperativas de viviendas, emplea el término “*asocian*” –art. 1 y 129 LGC–.

(responsabilidad de los miembros del Consejo Rector), se expresa la Ley de Cooperativas actual. Segunda, la labor de interpretación de las Cooperativas puede realizarse desde muy distintos ángulos, en función del fin que persiga esta figura en cada caso y clase de Cooperativa. Tercera, las normas a aplicar subsidiariamente a las Cooperativas pueden ser diversas, en concreto, en las Cooperativas de viviendas, éstas podrían ser las de obligaciones y contratos, societarias, relativas a la construcción, compraventa de inmuebles... en función de la parcela y aspecto que se trate.

Después de analizar otras hipótesis sobre una posible calificación de la Cooperativa como sociedad, civil o mercantil (entendida aquélla en sentido estricto³⁰⁴), queda desechada esta figura específica, por lo que en defecto de ella acudimos a la categoría general de asociación. Incluso desde un concepto amplio, la Cooperativa es diferente del resto de sociedades o asociaciones, y participa de las notas asociativas estructurales de aquéllas contando con regulación propia. Esta exclusión no se ve afectada por el hecho de que nominalmente, y por su identidad organizativa, se denominen sociedades, o incluso aunque se amplie el concepto de éstas o de lucro para incorporarlas a dicha categoría, más moderna, como así hace nuestro legislador. En la asociación en general tienen cabida todo tipo de entidades de derecho público o privado, siendo las Cooperativas de Derecho privado. Se trata de una asociación que responde a los caracteres de permanencia, carácter ideal, fin común y una estructura que se materializa en una organización más o menos compleja³⁰⁵. Dentro de esta categoría la Cooperativa

Las últimas Leyes de Cooperativas de las CCAA también van en esta dirección: ver nota a pie 71.

³⁰⁴ Este recurso sólo puede ser utilizado si partimos del concepto de sociedad estricto, puesto que un concepto amplio de sociedad eleva ésta a la categoría general, sustituyendo la de asociación general, tal y como se ha venido entendiendo tradicionalmente. Esta visión estructural admite que la asociación sea el tipo básico de las sociedades corporativas como SA y SRL.

³⁰⁵ Caracteres que ofrecen AGUIAR DE LUQUE, J. y ELVIRA PERALES, A.: Comentario al art. 22 de la CE: El derecho de Asociación, en comentarios a las Leyes políticas. O. Alzaga. Edersa, Madrid 1997. Tomo II, pág. 612.

respondería a un nuevo tipo de asociaciones privadas de interés particular, sin ánimo de lucro, permitidas por la CE en su artículo 22³⁰⁶, en las que se incluyen, a juicio de CAPILLA, junto con los heredamientos de aguas; aplicándose a ambas figuras, por analogía, las normas asociativas, que son absolutamente insuficientes, y en defecto de éstas, las de la sociedad civil. Este autor ofrece esta vía como posible y futura, ya que podría ser elegida por el legislador al reorganizar la materia, aunque en la actualidad las considere sociedades –el legislador actual ha desaprovechado de nuevo la oportunidad-. La doctrina favorable a esta opción se manifiesta en el siguiente sentido. CAPILLA matiza que las Cooperativas son asociaciones dedicadas a una actividad económica, a las que se aplica la legislación específica sobre Cooperativas si cumplen los requisitos que ésta exige, mientras que si no los cumplen, pueden actuar en el tráfico como asociaciones, pero no son Cooperativas³⁰⁷. Además, éste y otros autores admiten lo anterior, e incluyen a las Cooperativas dentro de las asociaciones sometidas a leyes especiales, sobre la base del art. 2.4³⁰⁸ de la L.A³⁰⁹, ya que la L.A regula las asociaciones de interés público. LUNA se refiere a las Cooperativas como especie híbrida entre sociedad y asociación³¹⁰. PANTALEÓN³¹¹ las considera estructuralmente asociaciones, aunque su actividad económica determina su condición de sociedades

³⁰⁶ CAPILLA RONCERO, F: "Comentarios al Código Civil..." art. 1695 y ss... *cit.*, pág. 21 a 23.

³⁰⁷ CAPILLA RONCERO, F en : "Derecho Civil. Parte general"... *cit.*, pág. 679.

³⁰⁸ "Quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta Ley... así como , sin perjuicio de lo que en cada caso establezca la presente Ley, las asociaciones siguientes: ... 4º. Cualesquiera otras Asociaciones reguladas por Leyes especiales".

³⁰⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M: "Derecho Civil I". Vol. 1º... *cit.*, pág. 399. DE CASTRO, F: "Temas de Derecho Civil". Marisal, Madrid 1976, pág. 80 y ss (en notas a pie). También Castán se refiere a las entidades incluidas en la Ley de asociaciones de 1887 como asociaciones sin fin de lucro o ganancia, aunque no dice nada de las Cooperativas: CASTÁN TOBEÑAS, J: "Derecho Civil Español, común y foral"... *cit.*, pág. 441 y ss.

³¹⁰ LUNA SERRANO en LACRUZ BERDEJO, J.L. : "Elementos de Derecho Civil I". Vol. 2º. Redactado por LACRUZ, SANCIO, LUNA, DELGADO, RIVERO. Bosch, Barcelona 1990, pág. 297.

³¹¹ Son asociaciones en sentido estricto frente a las sociedades contractuales, aunque son sociedades estatutarias por tener como objeto una actividad económica, rechazando un concepto normativo de asociación en sentido amplio o sociedad general: PANTALEÓN, F: "Asociación y sociedad". ADC 1993, pág. 45 y ss.

estatutarias, frente a las asociaciones estatutarias no dedicadas a actividades económicas. LÓPEZ NIETO distingue dentro del concepto legal de asociación de interés particular dos posibilidades, las sociedades civiles y mercantiles y las asociaciones para otros fines lícitos, en las que incluye a las Cooperativas; pero añade que la CE, el Reglamento de Cooperativas de 1978 y la LGC de 1987 las llaman sociedades, lo que las acerca a éstas³¹². MARÍN LÓPEZ³¹³ se refiere a ellas como grupos privados en los que se plantean los problemas de las asociaciones y cuya solución es perfectamente aplicable a las mismas.

También puede citarse la opinión de la doctrina constitucionalista, favorable a entender a las Cooperativas como asociaciones en sentido estricto, sin fin lucrativo, manteniendo el carácter “*arcaico y obsoleto*” del concepto estricto de sociedad y de asociaciones de interés privado³¹⁴. Incluso PAZ CANALEJO³¹⁵ va más allá, al calificarlas como

³¹² LÓPEZ NIETO, F: “Manual de Asociaciones”. Tecnos, Madrid 1987, pág. 27. Afirma este autor en la pág. 32 que “*lo que las caracteriza es la finalidad de orden económico-social que persiguen y la carencia de lucro. Este último extremo las acerca a las asociaciones comunes; el primero constituye el motivo por el que se excluyen del régimen general*”. Opinión idéntica a ésta en: “*La ordenación legal de las asociaciones*”, Bayer, Madrid 1974, pág. 19 y 25: “*Las Cooperativas presentan una diferencia destacable respecto a las asociaciones y que las acerca a las sociedades: la posibilidad de admitir como socios a las personas jurídicas, posibilidad explicable, si se analiza que en las Cooperativas es fundamental la existencia de una aportación de capital*”, pág. 33: “*pretenden alcanzar un interés particular, es decir, de los socios, las asociaciones que de alguna manera tienen carácter económico: mutuas o Cooperativas*”, también en la pág. 38 cita a las Cooperativas como asociaciones excluidas del régimen general de la L.A de 1964.

³¹³ MARÍN LÓPEZ, J.J.: “*El control judicial del poder disciplinario en los grupos privados*”. Asociaciones, fundaciones y Cooperativas. Cuadernos de Derecho Judicial. 1996. CGPJ, pág. 36. En la pág. 38 cita la STC 96/1994 de 21-3, relativa a Cooperativas de viviendas, en la que el Tribunal afirma la aplicación del principio de autoorganización asociativa en las Cooperativas, y ello aunque en el fallo admita la nulidad de la expulsión del cooperativista, reclamada en amparo por la Cooperativa, como intromisión de los Tribunales en sus facultades de expulsión. En este caso el TC basa su fallo en el perjuicio económico considerable que supone la expulsión del socio en las Cooperativas de viviendas. PAZ CANALEJO, N: “*Baja del socio cooperador. Causas, clases y procedimiento*”. Asociaciones, fundaciones y Cooperativas. Cuadernos de Derecho Judicial. 1996. CGPJ, pág. 219 y ss, se refiere a esta sentencia, cuya doctrina parte de la del TC 218/1988 sobre la autoorganización del derecho de asociación, excepto cuando “*suponga un perjuicio significativo para el particular afectado.*”

En el mismo número monográfico FERRÁNDIZ GABRIEL, JR: “*Impugnación de acuerdos de Cooperativas y asociaciones*”. Asociaciones, fundaciones y Cooperativas. Cuadernos de Derecho Judicial. 1996. CGPJ, pág. 74, analiza los órganos de la Cooperativa paralelamente a los de las asociaciones.

³¹⁴ “*Asociaciones en sentido estricto... el propio texto constitucional fija ciertas peculiaridades para determinados tipos de entidades asociativas... sociedades cooperativas*”. AGUIAR DE LUQUE, L: Comentario al art. 22 de la CE: El derecho de Asociación, en comentarios a las Leyes políticas. O. Alzaga. Edersa, Madrid 1984. Tomo II, pág. 629. AGUIAR DE LUQUE, L y ELVIRA PERALES, A: Comentario al art. 22 de la CE: El

asociaciones en todo caso y, además, de interés público. También VICENT CHULIÁ³¹⁶ –partidario acérrimo de la independencia de la Cooperativa- parte de su consideración asociativa, y se refiere a ellas como situadas en “*la encrucijada entre las exigencias de una “asociación de interés público” y las de una (sociedad), o “asociación de interés particular”*”.

4.2. Argumentos en favor de la consideración como asociaciones y paralelismo con ellas.

Pueden plantearse diversos argumentos a favor de la consideración de las Cooperativas como un tipo de asociación, además de los expuestos por la doctrina en el apartado anterior, algunos de los cuales se deducen de lo desarrollado hasta este momento.

1. La evolución de la legislación cooperativa específica tiene su origen en la normativa sobre asociaciones. A principios del presente siglo, las Cooperativas, como el resto de asociaciones, se regían por la Ley de 30 de julio de 1887, que se ocupaba especialmente las relaciones entre el poder público y las asociaciones. Posteriormente, a raíz de la Ley de Cooperativas de 1931, la legislación cooperativa se independiza de la general de asociaciones, en ésta y sucesivas leyes (1942, 1974). La legislación mercantil vigente también es fiel a estos principios en el Código de comercio de 1885.

La normativa estatal actual sobre asociaciones está constituida por una Ley (191/1964 de 24 de diciembre) y un Decreto (1440/1965 de 20 de mayo) anteriores a la CE de

derecho de Asociación, en comentarios a las Leyes políticas. O. Alzága. Edersa, Madrid 1997. Tomo II, pág. 627.

³¹⁵ Un argumento en favor de considerar a las cooperativas como entidades interés privado e interés público, lo aporta PAZ CANALEJO al manifestar que por ello la CE obliga a fomentarlas. Si no fuesen de interés público, la CE no las recogería para su fomento: PAZ CANALEJO, N: “*La Constitución y las cooperativas*”... cit, pág. 90.

³¹⁶ VICENT CHULIÁ, F: “*El derecho de información del socio en la Cooperativa*”. Asociaciones, fundaciones y Cooperativas. Cuadernos de Derecho Judicial. 1996. CGPJ. pág. 185.

1978, que excluyen de su aplicación a las asociaciones sometidas a Leyes especiales como serían las Cooperativas³¹⁷.

2. No es problemático afirmar que la Cooperativa es una asociación aunque la LC sea Ley ordinaria, y no orgánica como exige la CE respecto al derecho de asociación en general, en el artículo 22 en relación con el 81. Podría estimarse, como afirman algunos autores³¹⁸, que es distinta la regulación general del derecho de asociación que exige LO, de la regulación específica de alguna clase de asociación, que no requiere LO. Refiriéndonos, en primer lugar, a la legislación actual: la CE cita y reconoce las Cooperativas en el art. 129.2º, que se rigen por su normativa específica. También, la normativa autonómica³¹⁹, comunitaria y los convenios internacionales de la OIT

³¹⁷ Se excluyen del ámbito de aplicación de la Ley a las sociedades civiles y mercantiles y a cualesquiera otras asociaciones reguladas por leyes especiales, lo que daría cobertura entre estas últimas a las Cooperativas (art. 2º). Una interpretación del mismo artículo en distinto sentido al anterior, es decir, en favor de considerarlas sociedades, es la planteada por López Nieto: existe un criterio por el cual la L.A. excluye de su ámbito de aplicación a las entidades que se rigen por las disposiciones del contrato de sociedad, expresión amplia de la que se puede deducir que el legislador está contemplando no sólo a las sociedades, sino también a otras personas jurídicas que se rigen por el contrato de sociedad, otras figuras que no son personas jurídicas como las comunidades de bienes, y porqué no, a las Cooperativas: LÓPEZ NIETO, F: "Manual de Asociaciones"... cit, pág. 67.

³¹⁸ FERNÁNDEZ FARRERES, G: "Asociaciones y Constitución: estudio específico del art. 22 de la Constitución". Civitas, Madrid 1987, pág. 31 y ss. LÓPEZ NIETO, F: "Manual de Asociaciones"... cit, pág. 45. —así se afirma en la STC de 24-5-1985, Ar. 67, fundamentos jurídicos tercero y cuarto.

³¹⁹ Dentro de estos argumentos favorables a la consideración de la Cooperativa como asociación y haciendo una breve referencia al derecho autonómico, en las CCAA, el País Vasco y Cataluña tienen una Ley general sobre asociaciones. La Ley de asociaciones del País Vasco, de 12 de febrero de 1988, nos muestra un concepto amplio de asociaciones, al determinar el ámbito de aplicación en el art. 3.1.a), utilizando el criterio, excluyente e interesante, del beneficio distribuido: "Excluidas: Las asociaciones constituidas bajo la forma de sociedades mercantiles o civiles y, en general, todas aquellas cuyo fin consista en la obtención de beneficios económicos para su distribución entre los socios". También el art. 5 relativo a la constitución de asociaciones admite que los fines sean mutuos o generales. Dentro de las facultades que la Ley confiere a las asociaciones, el art. 16 cita, entre otras, "Desarrollar actividades económicas de todo tipo, encaminadas a la realización de sus fines o a allegar recursos con ese objetivo". De los art. citados se desprende que el legislador vasco incluye a las Cooperativas dentro de las asociaciones. La Ley de asociaciones de Cataluña, 7/1997 de 18-6, incluye en su ámbito, en el art. 1.2, a las asociaciones con domicilio y actividades en Cataluña y no sometidas a normativa específica que establezca la inscripción de su constitución en un registro especial. En su art. 2, relativo a la naturaleza y principios, alude a "1. ...se unen de forma voluntaria, libre y solidaria, para lograr, sin ánimo de lucro, una finalidad común de interés general o particular, y a tal fin se comprometen a poner en común sus conocimientos, actividades o recursos económicos, de carácter temporal o indefinido... 3. Se considera que una asociación no tiene ánimo de lucro aunque desarrolle una actividad económica si el fruto de tal actividad se destina exclusivamente al cumplimiento de las actividades de interés general establecidas en sus estatutos. En ningún caso pueden repartirse los bienes de la asociación entre los asociados..." Parece que la Ley catalana limita más el concepto de asociación, en el que no podrían incluirse las Cooperativas. En ambos casos, no olvidemos que estas CCAA tienen su propia Ley de Cooperativas.

ratificados por España se refieren a las Cooperativas como entidades independientes, y con regulación específica.

Admitiendo como hipótesis la calificación de asociaciones, y pese a que son excluidas de su ámbito por el artículo 2.4º de la L.A, vamos a intentar analizar las normas de la Ley 191/1964 de 24-12 de Asociaciones, en orden a averiguar su posible aplicabilidad y paralelismo respecto de las Cooperativas:

La Ley de 1964 vino a sustituir a la Ley de Asociaciones de 1887. La norma de 1887 era aplicable a las asociaciones en general, incluidas las Cooperativas, hasta 1931 en que las Cooperativas pasan a gozar de un régimen único y exclusivo, distanciándose del resto de las asociaciones.

La L.A de 1964 establece una normativa similar, en algunos puntos, a las normas Cooperativas, lo que nos lleva a plantearnos seriamente si no se tratará de una asociación de carácter singular e interés privado, y no de una sociedad. Pueden citarse, entre otras, algunas notas de la materia asociativa, aplicables a las Cooperativas o asimilables a algunos caracteres de las mismas, como la constitución de la entidad³²⁰, la

El resto de las CCAA no han dictado una Ley sobre asociaciones en general, sino que regulan de forma parcial algunos aspectos de asociaciones concretas, deportivas, de consumidores...

³²⁰ La constitución de las asociaciones se realiza mediante acta y redacción de estatutos como ocurre con las Cooperativas (LA art. 3º: *“Los estatutos son la regla superior interna dotada de fuerza de ley para el gobierno de una asociación”*). El contenido de los citados estatutos es más amplio en la LGC que en la L.A. Ambas coinciden en el contenido relativo a la denominación, domicilio, ámbito territorial, pérdida de la condición de socio, derechos y deberes; pero difieren en otros puntos. La L.A añade, órganos directivos y administrativos, fines, admisión de la cualidad de socio, patrimonio durante la vida de la asociación y tras su disolución. El contenido de los estatutos de las asociaciones, en general, debe contemplar, las disposiciones generales (identificación), el contenido orgánico (estructura de los órganos), el contenido dogmático (procedimientos de admisión y pérdida de la cualidad de socio, y sus derechos y deberes) y el régimen económico (patrimonio, recursos económicos, presupuestos y aplicación del patrimonio en caso de disolución).

El art. 11 de la LC actual, similar a la LGC actual, exige un contenido más amplio, actividades, duración de la Cooperativa, participación mínima e intereses de la misma, capital social mínimo, forma de aportaciones reembolso y transmisión. Con relación al art. 12 de la LGC, la LC elimina la referencia a la responsabilidad de los socios y los requisitos de admisión de éstos, y la regla sobre la convocatoria de la Asamblea, pero incorpora nuevas exigencias en relación a los miembros del Consejo Rector, interventores y comité de recursos. Dicho artículo no sufre especiales modificaciones en la tramitación del Proyecto que ha dado lugar a la LC.

organización³²¹ de la misma, las cuestiones registrales³²², la utilidad pública³²³ o algunas figuras asociativas con aspectos similares a ellas³²⁴. En cualquier caso, no podemos

³²¹ La organización interna de las asociaciones en general será la establecida en los estatutos o acuerdos de la asamblea u otro órgano y, supletoriamente, la recogida en la L.A (Asamblea General y Junta Directiva) o disposiciones reglamentarias. Son órganos preceptivos: la Asamblea, la Junta directiva y el presidente. Los órganos potestativos (como los compromisarios y las comisiones) podrán establecerse en los estatutos. El órgano que ejerce las funciones de representación es el presidente. La LC exige una organización determinada para la constitución válida de una Cooperativa, similar a la asociativa. En la LC actual, los órganos, descriptivamente citados en el art. 19, son los mismos, Asamblea –art. 20 y ss-, Consejo Rector –art. 32 y ss- e Interventores –art. 38 y ss-. Se observa un desplazamiento solapado de competencias de la Asamblea hacia el Consejo Rector, que al igual que en las sociedades de capital, cada vez goza de más importancia y facultades. Junto a los órganos pueden coexistir otras figuras potestativas (Delegados, Director y comité de recursos).

³²² Las asociaciones se inscriben en Registros de asociaciones, mientras que las Cooperativas, como asociaciones reguladas individual y específicamente, cuentan con un Registro especial de Cooperativas. Registro regulado en la anterior LGC, que la LC actual deja pendiente de desarrollo reglamentario, como prevé la disposición final primera. No se incluye su regulación en el texto aprobado por Congreso y Senado. Tampoco había sido incluida en el Proyecto inicial. En los art 109 a 111 se recogen los principios del Registro, aunque la disposición final primera, que no ha sufrido ninguna modificación durante la tramitación, prevé la redacción de un Reglamento: *“Primera. Registro de Sociedades Cooperativas. El gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, procederá a aprobar en un plazo no superior a seis meses a partir de la publicación de esta Ley, el Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas.”*

³²³ La L.A reconoce la utilidad pública de determinadas asociaciones para otorgarles privilegios económicos, fiscales o administrativos, al igual que también las Cooperativas se clasifican en la actualidad, aplicando la Ley 20/1990 de 19-12 sobre régimen fiscal de las Cooperativas, en protegidas y especialmente protegidas, en orden a criterios establecidos en dicha Ley y para la concesión de privilegios determinados en ella. Dichos beneficios fiscales no son novedad de esta Ley, puesto que han sido establecidos, inicialmente en otras Leyes y después en normas específicas, a lo largo del presente siglo. El establecimiento y mantenimiento de exenciones es un argumento más a favor de la consideración de las Cooperativas como asociaciones, puesto que las sociedades, con ánimo de lucro, no gozan por su naturaleza de estos privilegios. Los beneficios fiscales se ven completados, según la nueva LC, disposición adicional primera y novena, con los casos de Cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro, que gozan de la protección especial de la Ley Fiscal –suponemos que la protección es la especial de dicha Ley, antes establecida sólo para determinadas Cooperativas en base a su actividad.-

³²⁴ En materia de asociaciones existe un R.D 713/77 de 1-4 sobre el régimen jurídico de los promotores. Se contempla la figura del promotor como ejecutor de actos y trámites necesarios e imprescindibles para la constitución de asociaciones. Podríamos advertir la semejanza con los promotores en la Cooperativa y la posibilidad de regular esta materia de forma individual como ocurre con los promotores de las asociaciones en general, o la aplicabilidad de este R.D a las Cooperativas, en el supuesto de que sean consideradas como asociaciones. En este caso, la figura del promotor como gestor retribuido y dedicado a esta actividad (debe ser socio cooperativista) quizá podría ser encauzada de forma distinta a la actual de la LC. No podemos dejar de destacar una diferencia existente entre la Cooperativa y las asociaciones en lo referente al contenido que debe tener la reunión de promotores, en el supuesto de que admitamos su planteamiento como asociaciones: LÓPEZ NIETO, F: “Manual de Asociaciones”... cit, pág. 57. Mientras que en la Cooperativa, la LC (art. 10) se manifiesta a favor de que se proceda al nombramiento de los órganos rectores en los Estatutos y en la escritura de constitución redactada por todos los promotores –art. 9.2.d) de la LGC respecto de la Asamblea Constituyente, suprimida por la LC-, en la asociación los órganos no pueden determinarse en la reunión de los promotores, en opinión de algunos autores.

También hay que tener en cuenta otras figuras asociativas que ostentan alguna nota similar a las Cooperativas, para diferenciarlas de ésta, como es el caso de las asociaciones de carácter temporal, reguladas en la L.A (disposición adicional 3ª) y en el Decreto de desarrollo. Estas, a diferencia del resto de asociaciones, no son personas jurídicas, ni tienen socios; no tienen patrimonio social, ni órganos permanentes sino sólo organizadores. A estas asociaciones temporales no se les aplican las normas de la asociación en general, sino las específicas de la materia. La nota que queremos destacar de las asociaciones de carácter temporal es que el fin es determinado, la actividad es determinada y temporalmente definida hasta el momento de su ejecución. Esta situación es similar a la que se produce en la Cooperativa de viviendas, como se establece en el art. 89 de

olvidar que la L.A las excluye en principio de su ámbito de aplicación, y sus normas, pese a que responden más a criterios políticos y de organización que a normas internas y de relación con terceros, podrían tenerse en cuenta sólo como derecho supletorio. También hay diferencias entre ambas, y ello porque las asociaciones se rigen por criterios diferentes que pueden ser excepciones a la regla general, de capacidad³²⁵, en teoría que no en la práctica, patrimonio³²⁶, miembros³²⁷. Partiendo de la hipótesis de

la LC – incorpora casi literalmente el contenido del art. 129.1º de la LGC, subrayo lo novedoso- al referirse a su objeto determinado y sujeto a su finalización (“... que precisen alojamiento y/o locales para sí y las personas que con ellas convivan... alojamiento para aquellas personas que dependientes de ellos tengan que residir, por razón de su trabajo o función, en el entorno de una promoción cooperativa o que precisen locales para desarrollar sus actividades... pueden tener por objeto, incluso único, en cuyo caso podrán ser socios cualquier tipo de personas, el procurar edificaciones e instalaciones complementarias para el uso de viviendas y locales de los socios, la conservación y administración de las viviendas y locales, elementos, zonas o edificaciones comunes y la creación y suministro de servicios complementarios, así como la rehabilitación de viviendas, locales y edificaciones e instalaciones complementarias”), aunque en lo demás no tengan nada que ver (personalidad jurídica, socios, patrimonio, órganos...). No obstante, es interesante la distinción que se realiza en función de la temporalidad o concreción de la actividad u objeto social en materia de asociaciones. Sin embargo, no olvidemos que mientras que el fin de la L.A y su Reglamento de desarrollo eran el conocimiento de dichos datos para otorgar la autorización administrativa a la asociación de que se tratase, en las Cooperativas la intención que se persigue es el conocimiento y control por los cooperativistas y no por la Administración.

³²⁵ Cuestión importante, como en la práctica se ha demostrado, es la relación entre la capacidad de las personas jurídicas y el objeto social o fin de éstas. En el ordenamiento jurídico español se admite generalmente el carácter ilimitado de la capacidad de algunas personas jurídicas como las sociedades mercantiles y civiles. Sin embargo, respecto a las asociaciones, la L.A mantiene el criterio de la limitación de su capacidad en función del fin determinado por ellas: Art. 1. 1º y 2º “La libertad de asociación se ejercerá de acuerdo con lo establecido en la presente Ley, para fines lícitos y determinados. Se entienden determinados los fines de la asociación cuando no exista duda respecto a las actividades que efectivamente se propone desarrollar, según se deduzca de los estatutos y de las cláusulas del acta fundacional”. Art. 6. 1º: “El régimen de las asociaciones reguladas por la presente Ley se determinará por sus propios Estatutos y los acuerdos válidamente adoptados por su Asamblea general y Órganos directivos dentro de la esfera de su respectiva competencia.” Esta limitación permitiría controlar la actuación de los órganos de la Cooperativa y evitar que puedan perjudicar a la Cooperativa, actuando fuera del ámbito de la misma con terceros, aunque la tendencia actual, en la jurisprudencia y en la doctrina, es no admitir limitaciones a la capacidad de las personas jurídicas, para la protección de los terceros. Aunque esta visión es general, no debemos olvidarnos de la protección de los socios o asociados de la persona jurídica. Dichos socios, dentro de una sociedad, asumen ese riesgo. En las Cooperativas, como asociaciones, los cooperativistas no pretenden, en ningún caso, arriesgar la participación que ostentan en ella. La idea del cooperativista es lograr una mejora en la adquisición de una vivienda o en las condiciones en su trabajo (agrario, mar...). Cede una aportación económica a la Cooperativa, constituida por una pluralidad de personas en iguales circunstancias, para obtener una ventaja. Dicha ventaja es el resultado, exclusivamente, de la unión entre los cooperativistas, de la pluralidad de personas frente a las actuaciones individuales.

³²⁶ El patrimonio formado con las aportaciones de los asociados no es propiedad de ellos, y cuando se disuelve la asociación el destino de éste no es el reparto entre los socios, sino que, en defecto de lo que la Ley o estatutos lo determinen, se destinarán a fines análogos, según el art. 39 CC. En las Cooperativas, el destino del patrimonio en caso de disolución contempla el reintegro de las aportaciones a los socios, aunque no del excedente como en las sociedades. Nos encontramos con un régimen mixto entre las sociedades y las asociaciones. En la LC actual se procede –según el art. 75- a adjudicar el haber social a favor de los acreedores sociales prioritariamente y, a continuación, su destino a los socios y a las entidades en que la Cooperativa se

considerar que las Cooperativas son asociaciones, y que el orden de fuentes de las asociaciones es el siguiente: 1º estatutos y reglamentos internos³²⁸, 2º normas específicas, 3º normas sobre persona jurídica del CC y LA -derecho de asociación y normativa de desarrollo que es aplicable a todas las asociaciones que no tengan fin de lucro, tengan interés general o particular-, 4º costumbre y Principios generales del Derecho³²⁹; si mantenemos que las Cooperativas deben incluirse dentro de las asociaciones de interés particular, el orden de fuentes aplicable a ellas será: 1º estatutos de la Cooperativa y otras normas internas, 2º LC o Ley autonómica en su caso, 3º normas del CC sobre persona jurídica y LA con su normativa de desarrollo³³⁰, 4º costumbre y Principios generales del Derecho. Además, deberemos tener en cuenta el artículo 36 del CC *“las asociaciones a que se refiere el número 2º del artículo anterior -asociaciones de interés particular- se regirán por las disposiciones relativas al*

encuentre federada o la promoción del cooperativismo –a diferencia del art. 112 LGC que no establecía una prioridad tan absoluta de las deudas sociales, pero el resto es similar-.

En las asociaciones no existe aportación de capital, pero en las Cooperativas sí. Este punto las acerca a las sociedades, más que a las asociaciones en sentido estricto.

³²⁷ Respecto al número de miembros exigible en las asociaciones, se admite que algunas asociaciones pueden ampliar la cifra mínima de más de tres, como sería el caso de las Cooperativas, en las que el artículo 8 de la LC limita a 3 el número en las de 1º grado, y mantiene 2 en las de 2º grado –el art. 7 de la LGC había previsto un mínimo de 5 miembros en Cooperativas de 1º grado, y 2 en Cooperativas de 2º grado-.

La doctrina cita este caso como una excepción al número de miembros mínimo exigible en las asociaciones. Entre otros, DE CASTRO, F: *“Temas de Derecho Civil”*... cit, pág. 81.

³²⁸ La doctrina advierte la posible existencia de un reglamento interior de la asociación que desarrolle y complete los estatutos, que tendría efectos como norma interna, entre otros, LÓPEZ NIETO, F: *“Manual de Asociaciones”*... cit, pág. 244.

³²⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M: *“Derecho Civil I”*. Vol. 1º... cit, pág. 405.

³³⁰ LÓPEZ NIETO, F: *“Manual de Asociaciones”*... cit, pág. 48. En relación con la regulación asociativa general relativa al régimen interno, afirma este autor que no debería existir, aplicándose el Derecho civil. Pero, la duda que surge es averiguar las normas concretas que se aplicarían. Una posibilidad podría ser distinguir entre las relaciones internas y las externas. En las primeras se aplicarían las normas asociativas y en su defecto las societarias compatibles. En las relaciones externas, por la defectuosa regulación de éstas en la normativa de asociaciones, deberá acudir directamente al derecho de sociedades. Otra posibilidad sería aplicar las normas societarias en todos los casos en que existan lagunas en las normas específicas y también en las asociativas, exceptuándose los supuestos de absoluta incompatibilidad.

contrato de sociedad, según la naturaleza de éste”, en orden a la aplicación supletoria general de la normativa societaria³³¹.

Respecto a la posibilidad de considerar a la Cooperativa como asociación privada de interés particular, hemos creído necesario relacionar ambas, en orden a precisar si es factible o no dicha comparación. Presentan notas similares, aunque lo mismo ocurre respecto de otras personas jurídicas. La semejanza lleva a considerarlas asociaciones dentro de un concepto general, lo que no se ve excluido por la opción del legislador de elegir la estructura societaria nominal o formalmente, admitiendo un criterio amplio en su definición. Esta opción es una posibilidad, que puede mantenerse, a efectos organizativos, o desecharse a favor de la denominación cooperativa como tipo de asociación, que englobaría ambos aspectos. La calificación como asociaciones no aporta gran cosa en orden a completar su régimen jurídico, porque la normativa general de asociaciones es anterior a la Constitución y las notas de las que se ocupa son principalmente políticas, y porque ella misma excluye de su ámbito, tanto a las sociedades, como a cualquier asociación con regulación específica. Su consideración como asociaciones de interés particular, excluida su calificación societaria y sustituida por la propia cooperativa podría ser una invitación a la doctrina civilista a acogerlas en su seno, y actuar en consecuencia.

5. LA COOPERATIVA COMO ENTIDAD AUTÓNOMA E INDEPENDIENTE.

En el caso de que no se admita ninguna de las hipótesis anteriormente vistas, la consideración de las Cooperativas como asociaciones, o como sociedades civiles o

³³¹ FERNÁNDEZ FARRERES ofrece una visión de las dos líneas de interpretación seguidas mayoritariamente por la doctrina, a una de las cuales debemos adherirnos: 1º: Aplicación de las normas de las sociedades a las asociaciones de interés particular. 2º: No se pueden aplicar las normas de las sociedades a las asociaciones de interés particular, sin fin de lucro, porque implicaría una contradicción con la propia esencia de la figura: FERNÁNDEZ FARRERES, G. “Asociaciones y Constitución: estudio específico del art. 22 de la Constitución”. Civitas, Madrid 1987, pág. 174.

mercantiles, podríamos estimar que se trata de una figura independiente y autónoma, como persona jurídica que persigue un interés privado y se constituye con el fin de la *satisfacción conjunta de intereses o necesidades socioeconómicas* comunes a los socios.

La independencia de las Cooperativas puede interpretarse en varios sentidos. En primer lugar, en el sentido previamente citado, la independencia de la Cooperativa como persona jurídica específica y diferente de otras, asociaciones, sociedades. En segundo término la independencia de la sociedad cooperativa respecto de otras sociedades, civiles y mercantiles. Por último, se hace referencia a la independencia del Derecho cooperativo como rama jurídica. El primer tipo de independencia no es operativa, puesto que las Cooperativas mantienen caracteres y notas de la condición asociativa general, y no es necesario proponer su especificidad respecto de ellas. Las otras visiones del tema han sido planteadas por la doctrina. Admitida la condición asociativa de las Cooperativas, la independencia de la Cooperativa respecto de otros tipos sociales sería evidente, por todas las razones expuestas a lo largo de este capítulo. Se ha profundizado en su carácter asociativo, estructuralmente cooperativo y semejante a las personas jurídicas societarias, excluyendo que se trate de un sujeto mercantil o civil en general, sino que debe ser considerado mercantil o civil según su objeto. Esta perspectiva no debe confundirse con la proposición de la independencia del Derecho cooperativo como rama jurídica, como mantienen algunos autores. En nuestra opinión, la independencia debe considerarse en el segundo sentido citado, ya que no puede mantenerse que la Cooperativa no sea asociación, ni que necesariamente haya dado lugar a una rama autónoma del derecho. La estructura asociativa es clara, pero su carácter específico cooperativo la distingue de otras entidades, sin olvidar la especialidad de su objeto. La denominación como sociedad cooperativa, empleando una *forma similar a la societaria*, no excluye la asociación que en ella existe.

Admitiendo y desarrollando la interpretación del término independencia, algunos autores se manifiestan en favor de considerar a las Cooperativas como sujetos principales de una rama autónoma del derecho, el Derecho cooperativo, en el primer y tercer sentido citados, lo que no siempre implica la independencia de la sociedad cooperativa sino, en ocasiones, su visión como persona jurídica diferente del resto. Así las definen, de la siguiente forma. PAZ CANALEJO afirma que, *“la Ley estatal vigente insiste en la calificación societaria de la Cooperativa... el texto configura un tipo societario especialísimo, que no es ni la sociedad civil ordinaria, ni algún tipo derivado de aquél, ni tampoco una sociedad mercantil de las que conoce nuestro ordenamiento vigente, tanto codificado como extracodificado... fenómeno societario marcado por una función social”*³³². Por su parte, VICENT CHULIÁ, aunque inicialmente afirma la independencia de la institución, de la sociedad cooperativa³³³, más adelante se manifiesta a favor de la independencia de la misma como rama jurídica.

³³² PAZ CANALEJO, N: en PAZ CANALEJO, N; VICENT CHULIÁ, F: “Comentarios a la Ley General de Cooperativas”, vol. I”... cit, pág. 7 y 18.

³³³ VICENT CHULIÁ, F: “Las empresas mutualísticas y el Derecho Mercantil en el ordenamiento español”... cit, pág. 75: este autor se ocupó inicialmente de excluir a las Cooperativas del Derecho mercantil, más que de afirmar tajantemente su carácter independiente de forma absoluta *“Parece clara la existencia de unas entidades o instituciones jurídicas que constituyen un tertium genus en la clasificación de las agrupaciones de personas en nuestro ordenamiento. No se las puede calificar como sociedades ni como asociaciones. Por ello hemos optado por una terminología neutra, la de empresas mutualísticas... una forma de organización de empresa colectiva y estar basada en el principio mutualístico o de doble cualidad de socio y usuario.”*, aunque páginas más tarde, en la 89, afirma que: *“A pesar de algunas normas que podrían hacer pensar que la Cooperativa, definitivamente, es una entidad mercantil, aunque sin espíritu capitalista, con la nueva ley, la Cooperativa sigue siendo, en general, una persona jurídica civil”* y en la 128: *“resto del articulado de la ley, que configura a la Cooperativa como una sociedad o entidad civil... y respecto a la aplicación de la normativa mercantil sobre quiebra (pág. 129)- sería un supuesto más de generalización o extensión de preceptos y principios mercantiles a la Cooperativa, sin dejar de ser ésta una sociedad civil... Esta segunda interpretación nos parece perfectamente admisible y coherente dentro de la Ley de Cooperativas, siempre que no se deduzca de ella el carácter mercantil de la Cooperativa.”* La opinión del autor ha evolucionado hacia la afirmación de la independencia de las Cooperativas.

En este sentido, también, SANZ JARQUE, JJ: “Cooperación. Teoría general y régimen de las Sociedades cooperativas. El nuevo derecho cooperativo”. Comares. Granada 1994, pág. 84. Este último autor afirma que *“la reglamentación, la estructura y en concreto la constitución de las Cooperativas, en cierto modo se hace a semejanza de las Sociedades Anónimas, hay que convenir que ello tiene solamente un valor formal y de utilidad práctica, pero no sustantivo, en cuanto que nada más opuesto a éstas, que son sociedades de capitales, formales y abstractas en las relaciones con sus socios, como las cooperativas, que son agrupaciones de personas, causales y participativas”*.

“En el aspecto jurídico la Cooperativa cobra sustantividad propia histórica... en base a la organización de una empresa, la cual, por la vía del reconocimiento del derecho de asociación, se concretará adoptando la forma, bien de asociación o bien de sociedad, en atención a que las exigencias de la empresa sólo pueden ser atendidas por el régimen de la sociedad. La Cooperativa adoptará la forma de sociedad civil o mercantil, pero sólo la forma, conservando siempre esenciales peculiaridades.”³³⁴ “Institución sui generis, que no puede confundirse con la sociedad ni con la asociación... puede y debe ser definida en atención a su causa y que ésta ha de definirse como la mera explotación de una actividad económica al servicio de sus socios, sin finalidad de obtener un lucro social repartible, y sobre la base de los principios cooperativos consolidados históricamente, tal como vienen reconocidos en la legislación vigente.”³³⁵ “Agrupaciones voluntarias de personas reguladas de forma no sistemática, que aparecen con unas características peculiares que las distinguen de las sociedades y de las asociaciones (o asociaciones de interés público)... en ellas no es posible admitir la sociedad unipersonal: siempre ha de subsistir la agrupación y, además, con el número legal mínimo de socios, cuya pérdida es causa de disolución. Su característica fundamental es ser mutualística, es decir, que en su actividad empresarial a la condición de socio se superpone la de usuario de sus servicios.”³³⁶

GÓMEZ APARICIO³³⁷ se manifiesta a favor del carácter societario de las Cooperativas, sociedad de personas, y empresarial, excluyendo su calificación como asociación o sociedad mercantil: *“Son pues dos las realidades que se unen en una*

³³⁴ VICENT CHULIÀ, F: “El accidentado desarrollo de la legislación Cooperativa”. Rev. Jurídica de Cataluña núm. 4, 1979, pág. 117.

³³⁵ VICENT CHULIÀ: “Análisis crítico del nuevo Reglamento de cooperación...”... *cit.*, pág. 460.

³³⁶ VICENT CHULIÀ, F: “Compendio crítico de derecho mercantil”... *cit.*, pág. 1013-1014.

sociedad cooperativa: su carácter de cooperativa, con las implicaciones que conlleva; y su carácter empresarial.” También FAJARDO GARCÍA³³⁸ se refiere a ella como sociedad, aunque se dedica al estudio de sus especialidades que la hacen distinta de las demás, y afirma que no puede obviarse la especialidad de la Cooperativa con relación a la sociedad, por la distinta causa de sus contratos de constitución: el de cooperativa buscando la obtención por los socios de unos servicios en mejores condiciones que las de mercado, frente al de sociedad que persigue el lucro o beneficio repartible entre los socios. Se esté de acuerdo o no con la afirmación anterior, en las Cooperativas de vivienda, entre otras, destacan condiciones específicas, de todo tipo, no sólo económicas, también sociales, de calidad...

Como hemos dicho, VICENT CHULIÀ³³⁹ parte de su especificidad societaria, y llega a la aportación de nuevos argumentos en favor de la autonomía del derecho cooperativo, sobre la base de la consideración de la materia cooperativa como un hecho normativo, no como una simple normativa jurídica positiva, situación que se repite en este sentido y a la inversa; habiendo sido recogidos sus principios en las leyes específicas, con escasa fidelidad y lejos del verdadero fenómeno social cooperativo en toda su extensión... Continúa el autor afirmando que *“hay que distinguir hoy necesariamente la normativa de origen histórico mercantil que se ha generalizado o extendido a formas jurídicas de empresa que no son comerciantes individuales ni sociedades*

³³⁷ GÓMEZ APARICIO A.P: “Análisis de los aspectos financieros de la Sociedad Cooperativa de viviendas en España”... cit, pág. 35 y 39.

³³⁸ FAJARDO GARCÍA, G: “La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios”. Tecnos Madrid 1997, pág. 138.

³³⁹ VICENT CHULIÀ, F: “La legislación Cooperativa autonómica”... cit, pág. 84. VICENT CHULIÀ, F: “Introducción al Derecho Mercantil”. Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pág. 181: En este sentido, respecto a su calificación como sociedad, el autor presenta los diversos conceptos de sociedad que existen en la actualidad, estricto, amplio y amplísimo, en base a los cuales, especialmente los últimos, se puede incluir en dicho concepto cualquier entidad jurídico privada, como las Cooperativas – así lo hace el artículo 58, actual 48, del TCEE-.

mercantiles, como ocurre con su extensión a la Cooperativa... constituyendo el contenido específico de una hipotética "legislación Cooperativa", que no sería ni mercantil ni civil... generalizando la doctrina de esta sentencia (STC 29-7-1983) podríamos afirmar que la normativa originariamente mercantil, una vez generalizada por nuestra anterior legislación Cooperativa, habría dejado de ser mercantil para convertirse en legislación Cooperativa... habrá que respetar la legislación mercantil en cuanto sea aplicable a las Cooperativas³⁴⁰". Aunque el problema de la autonomía se ha planteado respecto de la relación entre el Derecho cooperativo autonómico vasco y el Derecho mercantil, el autor opina que también es posible que surja la misma cuestión respecto al Derecho civil, procesal... en el que, pese a que podría establecerse la competencia estatal puesto que no es materia foral, no sucederá siempre que se respete la negativa del TC de invasión por la legislación Cooperativa autonómica de la legislación mercantil estatal, y el intento de evitar que se vacíe de contenido la competencia cooperativa autonómica³⁴¹. Sin embargo matiza el autor que, en los casos en que deba calificarse de mercantil algún tipo de Cooperativa, le será de aplicación la legislación mercantil. Más adelante, como partidario del Derecho cooperativo, nueva rama jurídica según él, se preocupa por demostrar que las Cooperativas no pertenecen a la materia mercantil, apoyándose en el Código de comercio -Exposición de Motivos y art. 124, que manifiestan expresamente la exclusión- y en la CE -la legislación mercantil es competencia exclusiva del Estado, mientras que la materia Cooperativa ha sido regulada por las CCAA-. En otros momentos manifiesta de forma expresa que, pese a

³⁴⁰ Estudia la doctrina del TC sobre competencias autonómicas y estatales en derecho cooperativo: VICENT CHULIÀ, F: *"La legislación Cooperativa autonómica"*... cit, pág. 89. También se refiere a la Cooperativa como entidad no mercantil, en base al artículo 124 del C. de c, en VICENT CHULIÀ, F: *"Introducción al Derecho Mercantil"*... cit, pág. 497.

³⁴¹ VICENT CHULIÀ, F: *"La legislación Cooperativa autonómica"*... cit, pág. 89, pág. 97.

la aplicación de normas empresariales de contabilidad, la Cooperativa es un persona jurídica civil, ajena al socio, al margen de la actividad que desarrolle, aunque en opinión del TC y del C de c, si la actividad es mercantil (operaciones con terceros para el lucro de los socios) la Cooperativa es mercantil³⁴².

PAZ CANALEJO³⁴³ también se muestra a favor de no considerar incluida a la Cooperativa en el ámbito mercantil, por lo que le son aplicables las fuentes del CC y no del C de c -aunque, en opinión de este autor, no se puede afirmar que se trate de una sociedad civil, porque el Derecho civil no es materia regulable por las CCAA, excepto la legislación civil foral-. Con relación a esta afirmación, estimamos que las Cooperativas presentan un aspecto civil o mercantil según su objeto, según la clase de Cooperativa, al que se aplicarán normas civiles. En este sentido puede plantearse la duda de la base jurídica de la competencia autonómica asumida en la materia cooperativa, aunque la condición civil, que no la legislación civil como plantea la Constitución, no significa que la competencia autonómica cooperativa no deba admitirse. Sin embargo, creemos que los aspectos civiles de las Cooperativas, incluibles en la legislación civil estatal, no foral, deberían reservarse exclusivamente al Estado, sin que las CCAA puedan regularlos.

En la idea de autonomía del Derecho cooperativo VICENT CHULIÁ³⁴⁴ mantiene la dificultad de ofrecer un concepto de Cooperativa, dificultad que no ha sido superada por ningún legislador; expresa la necesidad de recoger en la Ley los principios

³⁴²VICENT CHULIÁ, F: en PAZ CANALEJO, N: VICENT CHULIÁ, F: *"Comentarios a la Ley General de Cooperativas"*, vol. 1º... *cit*, pág. 146.

³⁴³ PAZ CANALEJO, N: en PAZ CANALEJO, N: VICENT CHULIÁ, F: *"Comentarios a la Ley General de Cooperativas"*, vol. 1º... *cit*, pág. 23.

³⁴⁴ VICENT CHULIÁ, F: *"La legislación Cooperativa autonómica"*... *cit*, pág. 89, pág. 104 y ss. Nos muestra, en base a la definición del Proyecto de Ley de Cooperativas de Valencia, casi idéntico a la redacción definitiva de ésta, las notas que, a su juicio, deben recogerse en la definición Cooperativa *"doble noción de agrupación de*

cooperativos de la ACI, como base fundamental del derecho cooperativo, que debe desarrollarse en torno a ellos. Una de las razones aportadas en favor de la autonomía del Derecho cooperativo es que se considera que las Cooperativas tienen conjuntamente interés público y privado, y carácter interno –socios- y externo –terceros-.

La independencia del Derecho cooperativo y la independencia de la sociedad cooperativa no van necesariamente unidas, aunque generalmente sea así. VICENT CHULIÁ, partidario de la autonomía de la materia en sí, se ha pronunciado en alguna ocasión también en contra de que sean sociedades, debido a la ausencia de ánimo de lucro en las Cooperativas, sosteniendo que no es necesaria la supletoriedad de las normas de la sociedad, regulada en el CC, porque la LGC es muy completa. Sería aplicable, a su juicio, el régimen general de los contratos³⁴⁵. PAZ CANALEJO manifiesta que el lucro, aunque no haya sido citado de forma expresa por la LGC, ha sido excluido por alusiones indirectas en su Exposición de motivos, en la relación con terceros, y en la regulación del régimen económico de la Cooperativa. Añade, además, que la LGC estatal se ha ocupado de las Cooperativas con una regulación extensa y al margen de otras sociedades, proclamando indirectamente la autonomía del derecho cooperativo³⁴⁶.

También LLUIS Y NAVAS³⁴⁷, en su estudio del fenómeno cooperativo a partir del Reglamento de 1971, se muestra partidario, desde el punto de vista positivo, de la

personas y empresa, presente en las definiciones doctrinales más acreditadas; ayuda mutua, la finalidad de económica de servicio y no de lucro y la finalidad de crear un patrimonio irreplicable”.

³⁴⁵ VICENT CHULIÁ, F: “Compendio crítico de derecho mercantil”... *cit*, pág. 1020 y ss.

³⁴⁶ PAZ CANALEJO, N: en PAZ CANALEJO, N; VICENT CHULIÁ, F: “Comentarios a la Ley General de Cooperativas”, vol. 1º... *cit*, pág. 23 y ss.

³⁴⁷ LLUIS Y NAVAS, J: “Derecho de Cooperativas”... *cit*, pág. 103, 121, 135 y 137. El concepto y los caracteres de las Cooperativas de los que parte previamente son (pág. 28 y 33 y ss): “*Forma societaria que tiene por*

consideración de la Cooperativa como persona jurídico privada, distinta de las sociedades mercantiles y civiles, con un ámbito propio instrumentalmente social, aunque desde un punto de vista abstracto sea una sociedad mercantil por sus fines económicos. No puede identificarse con la empresa, aunque su organización de lugar a ésta. Además, admite, como notas no excluyentes entre sí en las Cooperativas, la mutualidad como operación con los socios y el ánimo de lucro en sentido genérico de utilidad. También manifiesta su opinión respecto a las diferencias y semejanzas con otras figuras afines como las asociaciones, mutualidades, sindicatos, sociedades, corporaciones, fundaciones, reuniones y administración. La admisión de criterios amplios con relación a las Cooperativas le lleva a afirmar que pueden servir a otros fines, a diferencia de otros autores que no consideran esta posibilidad y quieren que las Cooperativas sean utilizadas para el desarrollo del movimiento cooperativo³⁴⁸.

En otro sentido, como partidario de la autonomía e independencia cooperativa, que admite la inclusión de las Cooperativas dentro del Derecho de Asociaciones y Sociedades y parte del carácter asociativo de la Cooperativa para proclamar después, por la complejidad y diversidad de elementos de la misma, su independencia, debe citarse a MATEO BLANCO³⁴⁹ que, de forma clara, refleja la situación actual de las

finalidad realizar con sus propios socios aquellas operaciones que constituyen el fin económico de la agrupación y caracterizada por la posibilidad de variar su capital y socios sin precisión de modificar sus normas y estatutos. ... Caracteres fundamentales:... entidad dirigida a operar con sus propios socios... variabilidad de socios... capital variable... carácter empresarial".

³⁴⁸ LLUIS Y NAVAS, J: "Derecho de Cooperativas"... cit, pág. 125: "No cabe identificar el movimiento con la forma jurídica. De ahí que el primero (movimiento cooperativo) pueda servirse de las cooperativas, pero también de otras formas societarias, y que el escoger unas u otras sea cuestión de oportunidad. Pero asimismo las Cooperativas pueden servir al primitivo ideal llamado cooperativista o a otros fines de carácter económico, al igual que otras formas de sociedades". En sentido contrario se manifiesta PAZ CANALEJO en nota a pie 21

³⁴⁹ MATEO BLANCO, J: "El retorno cooperativo". Institución F. El Católico y Caja Rural de Zaragoza, 1990, pág. 205 y ss: "Es una Asociación-sociedad, por cuanto en un principio reúne personas, goza de las características de asociación, se rige por unos estatutos, se configura con un sistema de gobierno que debe ser democrático, de manera que podemos afirmar que es una Asociación en cuanto a su estructura, Asociación de personas y no de capitales se ha dicho siempre, pero en cuanto a sus fines sobrepasa el mero asociacionismo, ya que se convierte en una Sociedad que debe realizar una actividad económica, de donde entra en el área del

Cooperativas; se trata de una situación jurídica ambigua, asociativa y de empresa, que los mercantilistas pretenden hacer suya, y los civilistas olvidan. La razón de ser de la Cooperativa, según este autor, es el impulso asociativo, lo que conlleva la aplicación de los principios jurídicos del Derecho Civil, aunque participa simultáneamente del Derecho de asociaciones y sociedades. Considera este autor que la aplicación de algunas normas de otros ámbitos jurídicos se debe a lagunas legales, y no a que deban incluirse en ellos; por lo que el Derecho Cooperativo debe ser entendido como una rama jurídica independiente. Estamos de acuerdo con esta opinión, salvo en lo relativo a la independencia como rama jurídica, que no estimamos necesaria, y que debe sustituirse por la idea de que se trata de una legislación especial. La ambigüedad a la que se refiere se explica por la doble condición como asociación en esencia y estructural y organizativamente cooperativa “sociedad cooperativa”, más o menos diferenciable según cada clase de Cooperativa.

SANCHÍS PALACIO³⁵⁰ se muestra a favor de la independencia de las sociedades cooperativas, sociedades, sin referirse a la autonomía de la materia como tal ni tampoco de la figura. Así, afirma que se trata de una figura independiente con forma societaria y ánimo de lucro; formada por varios aspectos, societario (distinto de otras sociedades), de empresa, grupo de personas (es sociedad de personas) e ideología común. Manifiesta también que las Cooperativas no pertenecen al sector público ni al privado capitalista, sino a un conjunto de empresas que forman parte de la Economía Social.

Derecho mercantil, pues debe producir un beneficio... se diferencia de una sociedad mercantil en que ese beneficio, al no basarse en el capital sino en el trabajo o el servicio, no puede ni debe tildarse de lucrativo... no es propiamente tampoco una sociedad de capitales” sin embargo, o parece tenerlo muy claro el autor al afirmar que: “La definición de la Cooperativa debe buscarse más en lo que no es, que en lo que es... es una sociedad civil, con notas de asociación mercantil... en un intento de integrar en la definición de Cooperativa, los elementos que la componen la hemos enunciado así: es una empresa económica, fundada por un grupo social, siguiendo los principios de una doctrina”.

³⁵⁰ SANCHÍS PALACIO, JR: “Análisis estratégico de la empresa cooperativa”. Tirant lo Blanch, Valencia 1995, pág. 23, 30, 53, 57 y 81.

En esta misma línea de pensamiento, pienso que debería considerarse a la Cooperativa como asociación de personas que utilizan una forma jurídica que la Ley les ofrece para el desarrollo y ejecución de su actividad común. En teoría, que no en la práctica, participa tanto de las notas asociativas como de algunas societarias, de organización, y de empresa, que han llegado a ser específicamente cooperativas. Se trata de aspectos o parcelas simultáneas en el desarrollo de la actividad elegida. No vemos claro que se pueda seguir manteniendo a toda costa un único concepto de sociedad, estricto, que no las incluya en él, teniendo en cuenta que actúan como sociedades y son reguladas como tales por el legislador; lo que no excluye nuestra idea básica de que su esencia es asociativa y se consideran asociaciones de interés particular. Como asociación participa de las notas generales de la misma, no olvidando las notas civiles o mercantiles según el objeto, y su asimilación o no a las sociedades según las clases. En este sentido, las Cooperativas de viviendas, objeto principal de esta tesis que se analizará en los siguientes capítulos, comparten una realidad y regulación cooperativa -aspectos formales y de organización regulados en la LC y normas autonómicas (y en algún caso notas mercantiles como empresa)-, una asociación básica, y aspectos y notas civiles que afectan al desarrollo de su objeto -que deben completarse con el Derecho civil común, por no ser temas regulados por los Derechos forales-. Además de las cuestiones planteadas sobre la naturaleza jurídica de la Cooperativa y las normas aplicables a la misma, desde el punto de vista civil puede ser útil aportar ideas que concreten y mejoren el entendimiento del esquema jurídico privado de los bienes, dinero y viviendas que se movilizan, evitando que puedan quedar, como hasta ahora, ocultos dentro de una calificación societaria genérica y abstracta³⁵¹.

³⁵¹ Como plantea DE CASTRO, F: *"La persona jurídica"*. Civitas, Madrid 1984, pág. 50, que como veremos es

IV. CONCLUSIONES.

Hemos intentado dar respuesta a un tema previo fundamental, analizar las soluciones planteadas por la legislación y la doctrina, así como otras posibles y novedosas, en orden a la calificación y clasificación de las Cooperativas dentro de las personas jurídicas, en las que ingresan personas físicas y jurídicas en calidad de socios. Estimamos que ello era necesario para clarificar la situación de los sujetos, Cooperativa y socios.

Partiendo de la regulación actual, favorable a su consideración nominalmente societaria, hemos analizado la evolución legislativa de la materia cooperativa durante los siglos XIX y XX. Al margen de circunstancias políticas históricas, que también deben ser tenidas en cuenta, el origen de las Cooperativas es claramente asociativo, aunque éste ha venido acompañado de la necesaria diferenciación de otras entidades. Inicialmente se intenta excluir a las Cooperativas del ámbito mercantil, decantándose por el carácter asociativo citado. Con la entrada en vigor de la primera Ley de Cooperativas de 1931 se garantiza su independencia y autonomía, aunque las Leyes posteriores de 1938 y 1942 se ocupen del control administrativo de su constitución y funcionamiento, por razones políticas obvias, y no de la organización interna y los efectos frente a terceros de la actuación cooperativa. Esta evolución legislativa más o menos uniforme sufre una ruptura con la entrada en vigor de la Ley de Cooperativas de 1974, que se aferra al doble carácter de la Cooperativa: como sociedad y empresa. Alegando como razones las necesidades que exigía la actuación de las Cooperativas en el tráfico comercial, se

perfectamente aplicable al supuesto de Cooperativas de viviendas "La actitud natural en un civilista, frente al debate sobre la Sociedad Anónima, será la de la crítica objetiva; no puede considerarla como figura jurídica con valor *a priori* ni aceptar como postulado la protección de los intereses de una clase; procurará averiguar su ratio iuris, su adecuación a los fines legislativos y se preguntará por su justificación ante la Justicia social... podrían aportar alguna sugerencia nueva, útil e imparcial al debate."

incluyen en la legislación cooperativa algunas normas de las sociedades mercantiles, por ser más completas, aunque no se admita la inclusión de la figura en el ámbito mercantil. Esta solución no puede considerarse válida ni positiva salvo en algún aspecto concreto, formal o de organización, porque las Cooperativas no son sociedades mercantiles. La tendencia abierta en este momento determina la evolución legislativa, no doctrinal, posterior que ha llegado hasta nuestros días. La Constitución de 1978 recoge el fomento y protección de las Cooperativas en el art. 129.2º, y se refiere a ellas como “sociedades cooperativas”, terminología admitida también por la posterior Ley General de Cooperativas y por la actual Ley de Cooperativas, que optan por considerar a las Cooperativas como sociedades, conceptualmente, y regular así algunas cuestiones de su régimen jurídico, basándose en el de Sociedades Anónimas. Esta opción del legislador, que ofrece una Ley-Reglamento societaria, no resuelve muchos de los problemas de las Cooperativas, al no tener en cuenta en toda su extensión la realidad de éstas y sus clases, y ello aunque la disposición final quinta de la LC prevea que se dicten normas de desarrollo de la Ley. En la actual estructura del Estado, junto a la legislación estatal, también las CCAA con competencia legislativa en la materia han adoptado soluciones diversas, en favor del criterio societario o introduciendo matices asociativos en algún caso.

En la parcela jurisprudencial, el Tribunal Supremo se ha manifestado sobre distintos aspectos cooperativos, administración, socios, expulsión... o parciales de cada actividad cooperativa (construcción, solar... en el caso de viviendas) y en general ha aplicado normas civiles, además de las propias cooperativas; y sólo en algunas sentencias antiguas ha resuelto acerca de la naturaleza civil y no mercantil de las Cooperativas. El Tribunal Constitucional se ha manifestado en contra del carácter mercantil de las Cooperativas, aunque les sean aplicables, en algunos aspectos, normas mercantiles -

puesto que estos asuntos, dentro de su organización como empresa, encajan más en el derecho mercantil, contabilidad, libros, quiebra, sin que ello signifique que la cooperativa sea mercantil-.

La doctrina tampoco es unánime. Junto a la opinión favorable a su consideración asociativa, encontramos también la visión societaria, similar o diferente a otros tipos sociales. Conviven con estas tendencias, la afirmación de que la materia cooperativa es mercantil o civil, y la proclamación de su independencia, en algunos casos respecto del resto de sociedades, y en otros como rama jurídica.

En nuestra opinión, dentro de un concepto amplio de sociedad, o de interés particular, debe admitirse la realidad asociativa o societaria de las Cooperativas. Desde un punto de vista estructural, las Cooperativas son personas jurídicas teñidas de caracteres corporativos y personalistas. A las cuestiones planteadas a lo largo del capítulo, creemos que puede afirmarse lo siguiente. Es innegable que las Cooperativas son asociaciones, como entidades organizadas que reúnen los intereses de sus asociados en orden a su obtención como fin común. Si bien, desde un concepto de sociedad y lucro estrictos, las Cooperativas son asociaciones de interés particular –entendido éste de forma amplia-, y no sociedades, por la ausencia de lucro, esta visión, cuyo origen es la interpretación de los artículos 35 y 36 del Código Civil, no es completa, al olvidar que no sólo son sociedades las civiles y mercantiles reguladas en aquella época, sino que pueden existir otras asociaciones de interés particular distintas a las que la Ley concede personalidad propia bajo un esquema societario, independiente de sus asociados, como las Cooperativas, con fines diversos, pero con objeto civil o mercantil según el tipo o clase de que se trata. Admitiendo este punto de vista, serían asociaciones de interés particular que utilizan una estructura similar a la societaria, cooperativa, con un fin distinto a las sociedades civiles y mercantiles. Desde un concepto de lucro amplio, o de

sociedad amplio, las Cooperativas son asociaciones o sociedades, con estructura corporativa, lo que puede admitirse puesto que cumplen las notas de las sociedades en sentido amplio, y estructuralmente lo son. Dicho concepto amplio precisa, sin embargo, una reformulación legal de las personas jurídicas en general. Así, son entidades diferentes del resto, lo que no trae como consecuencia que el cooperativismo sea una rama jurídica autónoma.

Estimamos que las opciones planteadas podrían partir de un error al admitir un único criterio y contemplar aspectos aislados de la realidad cooperativa, sin entenderla en conjunto. De una parte, los criterios del fin o de la estructura ofrecen distintas perspectivas desde las cuales pueden observarse las personas jurídicas. De otra, en conjunto, las Cooperativas son asociaciones, asociaciones de interés particular, que actúan formalmente como cooperativas. Podía haberse acudido a la organización de otra persona jurídica, pero el legislador, adecuadamente, ha preferido regularlas de forma especial. Son independientes y diferentes del resto de personas jurídicas, aunque su objeto o actividad las convierta en civiles o mercantiles, con la consiguiente aplicación de estas normas en los aspectos que lo precisen; unidas a las propias normas cooperativas, a las que complementan –la tendencia actual de extensión del Derecho de Sociedades no debe olvidar la esencia asociativa de las Cooperativas, y su carácter estructuralmente societario no puede significar la identificación con otras sociedades-.

La naturaleza mercantil de la Cooperativa en general, y la de viviendas en especial, ha quedado excluida por las propias normas mercantiles. También afirmamos la distinción respecto de la sociedad mercantil o civil general, aunque en algún aspecto ambas sean coincidentes. Proponemos la independencia de la cooperativa como asociación, sin admitir la independencia del Derecho cooperativo, que es esencialmente Derecho privado, con algunas connotaciones públicas. Ello nos situaría ante una asociación con

una fisonomía diferente, con porte cooperativo, y trazos civiles o mercantiles, según la actividad.

La calificación de las Cooperativas como un tipo de asociaciones privadas de interés particular no lucrativo que, sobre la base de un concepto estricto de sociedad, es mantenida por algunos civilistas, garantiza su carácter asociativo, su independencia, permitiendo la aplicación supletoria de las normas asociativas y societarias, en lo que sean compatibles. Sin embargo, la realidad actual hace difícil que se admita esta postura de forma única o exclusiva, ya que el Derecho de sociedades ha evolucionado mucho más allá.

Estimamos que, al margen de su calificación societaria o no –que viene dada por la denominación legal de las mismas, opción escogida por el legislador- las Cooperativas tienen un sustrato asociativo que no puede obviarse, y aunque generalmente coinciden, existiendo una asociación que adopta una estructura propiamente cooperativa del tipo societario por lo cual ambas no se distinguen, en ocasiones puede no ser así, y ello dependerá del tipo de Cooperativa que se trate. La admisión de un único criterio es especialmente difícil, si tenemos en cuenta la diversidad de Cooperativas que existen, según la actividad a la que se dediquen. En algunos tipos de Cooperativas, la asociación llegará a ser sociedad cooperativa por sus caracteres, predominando e imponiéndose ésta en la que se subsume aquélla, como ocurre en las de consumo; mientras que en otros casos, como el de viviendas, no llegan a identificarse absolutamente, existiendo una dualidad cooperativa-asociación, pese al intento de adaptarla al esquema societario –lo que hasta ahora no ha sido posible, y probablemente no sea factible por la propia esencia cooperativa-. En las Cooperativas de viviendas podríamos estar ante una asociación que utiliza la persona jurídica cooperativa para actuar frente a terceros sin identificarse con ella, lo que la convierte en cooperativa sin que desaparezca o se diluya

el sustrato asociativo. Como solución a este problema, otros ordenamientos han optado por no regular en exceso la forma cooperativa, remitiéndose a otras figuras societarias, civiles o mercantiles.

Las Cooperativas son asociaciones que proporcionan a sus miembros servicios o ventajas obtenidos por la unión de sus intereses particulares en un interés común. Aunque en algún caso, algún tipo de Cooperativa, como las de consumo, pueda estar más cerca de un concepto societario y, es más, mercantil, las Cooperativas en general responden a un esquema asociativo, asociación de interés particular respecto de un colectivo determinado. La razón del fomento estatal de las mismas responde al interés del Estado de facilitar y promover que la prestación de servicios y ayudas a determinados colectivos sea realizada por ellos mismos. En algún caso se trata de actividades públicas, lo que no significa que se convierta necesariamente en un interés público. Las clases de Cooperativas, por razón de su actividad, adoptan esquemas distintos, lo que puede llevar a un entendimiento diferente de las mismas, como así aconsejamos. No parece que en la actualidad pueda mantenerse la estanqueidad de las ramas e instituciones jurídicas, puesto que la Cooperativa es una, y así, desde un punto de vista general puede elaborarse una teoría sobre su carácter, e incluso mantener la aplicación de las normas cooperativas generales sobre cuestiones de forma, organización..., lo que no impide la necesidad de estudios y normas particulares que tengan en cuenta las peculiaridades de cada tipo de Cooperativa, según su actividad, objeto y reglas de funcionamiento.

CAPÍTULO II. COOPERATIVAS DE VIVIENDAS. La actividad cooperativa, en especial, la adjudicación de la vivienda al socio como esencia de la relación jurídica entre la Cooperativa y el socio.

INTRODUCCIÓN

Una vez analizada la realidad cooperativa en general y sus especiales características como persona jurídica, y paralelamente a la existencia y diferenciación de los diversos tipos de Cooperativas según sus actividades, nos encontramos en condiciones de avanzar en el estudio de las Cooperativas de viviendas como clase, y examinar algunos de sus aspectos esenciales.

El presente capítulo responde a una razón esencial, el estudio diferenciado de las Cooperativas de viviendas dentro de las Cooperativas en general, que han sido definidas como personas jurídicas de tipo asociativo, aunque legal y formalmente se estructuren como “sociedades cooperativas”. No sólo pretendemos argumentar el tratamiento y análisis diferencial de las Cooperativas de viviendas, propuesto en el capítulo anterior como base lógica para su estudio; si no que también ofreceremos, dentro de éstas, la distinción entre los supuestos teóricamente previstos por el legislador y otros nuevos que la práctica viene utilizando, imponiendo indirectamente su estudio para resolver sus problemas, y dando un giro al planteamiento cooperativo.

Inicialmente aportaremos una introducción previa en orden a plantear, no sólo la regulación actual de las Cooperativas de viviendas, sino también la aparición de las mismas, diferenciadas del resto, dentro de la evolución de las normas cooperativas en nuestro ordenamiento jurídico. A continuación, y como esencia, objeto y fin de las Cooperativas, se presenta el estudio de los servicios que la Cooperativa presta al socio,

desde su regulación actual e histórica, hasta los planteamientos doctrinales sobre el tema. La utilización de los servicios cooperativos es entendida en la actualidad como derecho y deber del socio, distinta del capital social y el patrimonio cooperativo, tanto en general como referidos a Cooperativas de viviendas, en las que se materializan en la adjudicación de éstas a los socios. A la vez, ya centrados en las Cooperativas de viviendas, expondremos los diferentes supuestos existentes en la actualidad, teóricos y prácticos, los sujetos intervinientes en cada caso y las relaciones jurídicas que surgen entre ellos, junto con el estudio de la adjudicación en cada uno, aunque lo haremos de forma genérica en principio, optando después por uno, en el que centraremos el estudio de los siguientes capítulos, sin perjuicio de llegar finalmente a unas conclusiones únicas. Una vez planteada la visión que admitimos sobre la actividad cooperativa, la adjudicación, las relaciones jurídicas entre los distintos sujetos, y los diferentes supuestos, se estará en condiciones de analizar con detenimiento la relación jurídica entre la Cooperativa y el socio, así como las de éstos con terceros.

Al igual que en el capítulo primero, la materia de este capítulo segundo de la tesis no se ve afectada por la entrada en vigor de la actual Ley de Cooperativas 27/1999, en la que observamos que las líneas esenciales de la LGC de 1987 se mantienen, tanto respecto a las clases de Cooperativas como a la actividad cooperativa. Nos remitimos a lo dicho en ese capítulo en orden al planteamiento general y tramitación de la Ley, y sólo nos referiremos a los aspectos concretos relacionados con la materia analizada.

I. COOPERATIVAS DE VIVIENDAS EN GENERAL: tratamiento específico de ellas; regulación actual; aparición y evolución de la figura.

I. RAZONES DE UN TRATAMIENTO DE LAS COOPERATIVAS EN FUNCIÓN DE LAS CLASES EXISTENTES.

Como concluíamos en el capítulo anterior, puede mantenerse y argumentarse el estudio y consideración de las Cooperativas distinguiéndolas en función de sus clases, puesto que la actividad a que se dedican es diferente. Existen diferencias básicas evidentes entre una Cooperativa de viviendas y una de crédito o de trabajo asociado, y este es un argumento a favor de un tratamiento jurídico distinto para cada una de ellas. Hemos optado por esta posibilidad, y realmente toda la tesis viene a apoyar esta idea. En los inicios de la andadura cooperativa, y sobre todo al hilo de la derogada y antigua legislación sobre casas baratas, el legislador tenía en cuenta las particularidades y especialidades de esta figura, constituida para la construcción de viviendas, que era objeto de tratamiento específico en razón de su actividad. El hecho de que posteriormente se buscara una regulación cooperativa completa, sin distinción de clases, no ha impedido que la teoría y práctica cooperativa hayan evolucionado hacia un distanciamiento cada vez mayor de las clases de Cooperativas. Incluso en algún momento de la tramitación de las sucesivas Leyes cooperativas se plantea esta realidad¹. La diversidad cooperativa no parece que

¹ Como afirmó uno de los enmendantes de la Ley de 1974, *"En nuestra opinión, ha sido un error en este Proyecto de Ley el mezclar los distintos tipos de cooperativas, cuando lo lógico hubiera sido articular una parte general común a todas las cooperativas, y posteriormente articular por secciones cada una de las cooperativas. Al tratar de formular una Ley General de Cooperativas, sin recoger los matices y características peculiares de cada Cooperativa en sí, es fácil que se apruebe una Ley General de Cooperativas que luego no sirva para ninguna Cooperativa en particular"*: Archivo del Congreso de los Diputados. Sr. Megolla Rodríguez, enmienda 560 al art. 48 (clasificación de cooperativas) en legajo 1321. En las sesiones de la Comisión surge este tema de nuevo, y así en la de 15-10-1974, el Sr. Martínez Salinas plantea que las verdaderas cooperativas son las de producción, las demás son otras figuras (sociedades, asociaciones). Con relación a la Cooperativa de viviendas afirma, en las págs. 14 a 16: *"¿es que operan en común, insisto, el vecino con otro vecino, o es que la cooperativa de viviendas no serían los que construyen las viviendas? Pero, ¿por que esa manía de tener ahí esta comunidad de vecinos que, por otra parte, los que compran un piso tienen que constituirse en una sociedad civil regulada por las leyes?... propongo que se emplace para presentar un Proyecto de Ley de bases de cooperativas que considere, sí, su autonomía, sus órganos de gobierno, procedimientos democráticos y adecuación a los principios cooperativos, pero no los detalles... Esta Ley de bases puede ser más tarde desarrollada con Leves o Decretos ordinarios, propuestos por la Organización Sindical y con intervención de los Departamentos competentes para cada una de las ramas cooperativas."*

deba llevar al extremo de considerar necesarias leyes especiales para cada tipo de cooperativa, sino de aplicar correctamente la regulación que sea precisa. Debemos dejar constancia que la regulación actual no es suficiente ni bastante en algunos aspectos, puesto que no contempla muchos de los problemas específicos de cada tipo de cooperativa, y además ha abandonado la referencia a otras normas por razón de la actividad –incluida en la LGC²– que podría solucionar la interpretación de las normas y las lagunas existentes, y quizá era la solución más sensata, en contraposición a la proliferación cada vez mayor e indiscriminada de normas, no sólo de Derecho común sino también autonómicas. Tanto la LGC de 1987 como la actual han caído en el error de regular en exceso la Cooperativa en general, y plantear, de forma insuficiente, algunos problemas aislados de cada tipo de Cooperativa, por lo que quizá debería completarse mediante el desarrollo reglamentario de las distintas clases de Cooperativas.

En la Ley actual no se presta especial atención a los problemas de cada tipo cooperativo, solucionando algunos de ellos “a posteriori”, como es el caso de las fases o promociones en las Cooperativas de viviendas. Respecto de las clases de Cooperativas, se incluyen las de viviendas, entre otras³, posteriormente reguladas en los artículos 89 y siguientes, al igual que ocurría en la LGC y en términos muy similares a ésta, lo que mantiene su especificidad como punto de apoyo de nuestros argumentos. Con referencia a las normas aplicables a cada clase cooperativa por razón de la actividad, la remisión del párrafo segundo del citado artículo 6 del Proyecto de julio de 1997⁴ –similar al art. 116.2 de la

² Lo hacía en general la LGC, en el artículo 116.2, último párrafo, al establecer la aplicación, en todo caso, de la normativa aplicable por razón de la actividad. El recurso a otras normas del ordenamiento jurídico se producía no sólo por su carácter supletorio, sino por remisión expresa del artículo 116.2 de la LGC, según su actividad: “*Art. 116.2. ... En todo caso, las Cooperativas quedarán sujetas a la legislación específica aplicable en función de la actividad empresarial que desarrollen.*” También se refieren a ello algunas Leyes de CCAA, como el caso de Madrid, artículo 104.3 de la Ley 4/1999 de 30-3.

³ El art. 6 se refiere a ellas, y los artículos 89 a 92 se ocupan de sus aspectos específicos.

⁴ BOCCG 27-7-1998, Congreso de los Diputados. Serie A, n.º 125-1. “*Art. 6. Estas Cooperativas se registrarán por lo previsto expresamente en esta Ley y, en su caso, por la normativa específica.*”

LGC- fue objeto de enmiendas⁵ parciales, que dieron lugar a su supresión en la redacción aprobada por el Congreso de los Diputados⁶ -sin modificaciones en el Senado-. Nos mostramos críticos con dicha supresión, especialmente interesante en orden a la aplicación de la normativa específica que, por razón de la actividad, corresponde a cada clase de Cooperativa, y con el hecho de que el legislador vuelva a regular ampliamente las Cooperativas en general, y sólo se ocupe de alguna cuestión específica de alguna de las clases. Era una oportunidad interesante para adaptar nuestra regulación a la realidad, como hacen otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, y se ha desaprovechado.

Es esencial, dentro de un estudio serio y en profundidad de las Cooperativas, el tratamiento aislado de la clase que se trate, y la evolución hacia la diversidad de tratamiento de los tipos específicos. La propia evolución normativa de las Cooperativas, tanto general como fiscal, tiende hacia la especialización, así como las soluciones adoptadas en los casos litigiosos que se plantean ante los Tribunales de Justicia. Ello no implica que deban existir, necesariamente, normas distintas referidas a todos los aspectos de cada tipo de Cooperativa, sino que la aplicación e interpretación de las normas y caracteres de cada tipo cooperativo deben ser diferentes, teniendo en cuenta sus peculiaridades y el ámbito en el que se mueven. La Cooperativa, desde su estudio y regulación como figura genérica, puede fomentarse, como exige la Constitución, mediante una regulación general, pero no debe olvidarse que cada clase de Cooperativa precisa la aplicación de principios y normas diversas, coherentes con su esencia, que también contribuyen a su fomento, y no perjudican la visión general de la figura y sus

⁵ Enmiendas 209 del G. vasco –supresión del mismo por ser expresión de cierto recelo-, 318 del G. Catalán --supresión por innecesario y obvio el sometimiento a determinadas normas por razón de la actividad- y 367 del G. Socialista –supresión por mejora técnica-. Olvidan que la previsión legal revierte positivamente en el entendimiento de las diferentes clases cooperativas, y que en otros ordenamientos jurídicos éstas gozan de normativa especial complementaria a la general.

⁶ BOCG de 30-3-1999. Congreso de los diputados. Serie A. nº 125-12. No es objeto de ninguna enmienda en el Senado: Dictamen de la Comisión en BOCG de 24-5-1999. Senado. Serie A. nº 136-e.

semejanzas, independientemente de la clase que se trate –de tal forma puede plantearse sin problemas la similitud entre las Cooperativas de viviendas y otras como las de consumo⁷ y servicios⁸. Así, en defecto de normas cooperativas o para completar éstas,

⁷ Tampoco ha contribuido a aportar claridad la evolución de las Cooperativas de viviendas, disgregándose de las de consumo, lo que ha provocado la identificación de ambas pese a sus diferencias. Se ha entendido que la propiedad de las viviendas era transmitida del tercero al socio, sin tener en cuenta que el tercero, constructor, transmite la obra en conjunto y no las viviendas a los socios, transmisión que se produce a favor de todos ellos en común. El esquema de las Cooperativas de consumo, basado en productos acabados, no es totalmente aplicable a las de viviendas, más complejas en la práctica (aunque la legislación todavía no lo tenga en cuenta) por su condición de “promoción, producción y consumo” de viviendas. Incluso en la actualidad algún autor sigue considerando a las Cooperativas de viviendas incluidas dentro de las de consumo, como FAJARDO GARCÍA, G: “La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios”. Tecnos Madrid 1997, pág. 77.

⁸ El esquema general que plantean CASTAÑO COLOMER, J y GONZÁLEZ : “*Constitución y funcionamiento de las Cooperativas*”. Bosch, Barcelona 1996, pág. 100 y ss, puede ser útil para descubrir las relaciones internas entre los sujetos que intervienen en el funcionamiento de las Cooperativas de viviendas, respecto al esquema básico de los otros tipos de Cooperativas. Así deben distinguirse de las cooperativas de consumo, de producción, de trabajo asociado e industriales o de servicios, porque las relaciones jurídicas en ellas son muy distintas. **Consumo** : PROVEEDORES (venden a) - COOPERATIVA - (- Cooperativa produce con asalariados - suministra, provee a) SOCIOS; **Producción** : SOCIOS (venden a) - COOPERATIVA (Cooperativa produce con asalariados) - (vende a) CLIENTES; **Trabajo asociado** : PROVEEDORES (venden a) - COOPERATIVA - (- Cooperativa produce con SOCIOS trabajadores- vende a) CLIENTES; **Industriales para proveer de servicios** : COOPERATIVA (provee de servicios a - Cooperativa emplea asalariados -) - SOCIOS (profesionales o empresarios). Aunque las Cooperativas de viviendas tengan su propia regulación, si es la Cooperativa quien construye, nos encontraríamos ante un supuesto similar al esquema visto en las cooperativas de consumo ; mientras que si lo hace un tercero constructor, la situación encajaría más dentro del tipo de Cooperativas de servicios (Las Cooperativas de servicios se constituyen en torno a profesionales de un sector para la utilización de material, la gestión de servicios, el suministro de productos a precios más ventajosos, la posibilidad de comercializar los productos a precios más ventajosos).

Si la Cooperativa suministra y construye viviendas para los socios, utilizando el material que compra a los suministradores, se trataría de un sistema parecido al de las Cooperativas de consumo. También, con una interpretación más forzada, podría admitirse que es un tipo de Cooperativa de gestión de servicios (realiza el servicio de proporcionar una vivienda a los socios), aunque según el art. 98.2 de la LC no podría ser clasificada como tal -art. 139.2 LGC-: “*Art. 98.2: No podrá ser clasificada como Cooperativa de servicios aquella en cuyos socios y objeto concurren circunstancias o peculiaridades que permitan su clasificación conforme a lo establecido en otra de las secciones de este capítulo*”. En el caso de las Cooperativas que construyen las viviendas por sí mismas y las suministran a los socios, la Cooperativa adoptaría una posición similar a una empresa de producción cualquiera, y los socios sería consumidores de los productos (viviendas), que pagan a plazos anticipadamente antes de obtener la propiedad o posesión de ésta. Ello nos llevaría a considerarlo ventas, prescindiendo de la disposición adicional quinta apartado segundo de la Ley actual -art. 155.2 LGC-: “*Las entregas de bienes y prestaciones de servicios proporcionados por las Sociedades Cooperativas a sus socios, ya sean producidos por ellas o adquiridos a terceros para el cumplimiento de sus fines sociales, no tendrán la consideración de ventas*”, aplicando la doctrina jurisprudencial de que los negocios jurídicos son lo que las relaciones jurídicas establezcan, y no lo que las partes quieran.

La segunda posibilidad, la construcción realizada por alguien ajeno a la Cooperativa, puede insertarse dentro del fin esencial de las Cooperativas de gestión, puesto que la Cooperativa encarga la construcción a un tercero, es decir gestiona la obtención de viviendas por los socios. Admitiendo este paralelismo con la Cooperativa de gestión de servicios, no podemos olvidar que tampoco es clasificable como tal, no sólo por el argumento extraído del art. 98.2, sino porque en la de viviendas los socios no son profesionales que se sirven de la gestión cooperativa para su empresa o profesión, circunstancia ésta que sí define a las Cooperativas de servicios según establece el art. 98.1: “*Son Cooperativas de servicios las que asocian a personas físicas o jurídicas, titulares de explotaciones industriales o de servicios y a profesionales o artistas que ejerzan su actividad por cuenta propia, y tienen por objeto la prestación de suministros y servicios, o la producción de bienes y la realización de operaciones encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las actividades profesionales o de las explotaciones de sus socios*”. La situación sería asimilable a la vista en las Cooperativas de servicios, lo que podría favorecer el considerar a la Cooperativa como gestor, intermediario, representante o mandatario de los socios.

una Cooperativa de trabajo asociado acudirá al Estatuto de los trabajadores, mientras que una de viviendas lo hará a las normas de Derecho privado civil, de obligaciones y contratos -en general o específicos, compraventa, arrendamiento, mandato...- y de transmisión del derecho de propiedad sobre inmuebles. Esta es la solución que adopta el Tribunal Supremo⁹ en la práctica, aunque no haga referencia a las razones en las que basa la aplicabilidad de tales normas; e incluso en los supuestos de Cooperativas de viviendas se remite casi siempre a estas normas civiles, y no a la propia legislación específica de Cooperativas, que queda limitada a las cuestiones puramente organizativas -ingreso, expulsión y baja, celebración de Asambleas, adopción de acuerdos...-.

También la doctrina se muestra favorable a ello, y algún autor muestra especial atención al fomento de la utilización de cada Cooperativa dentro del ámbito material que le corresponde¹⁰. Refiriéndonos en concreto a las Cooperativas de viviendas, también hay

Puede destacarse que las Cooperativas de viviendas, en nuestro ordenamiento jurídico, no responden a un único objeto social (entrega de vivienda en propiedad o en uso, construcción de los inmuebles o gestión o intermediación en su construcción), ni a un único esquema, por lo que las relaciones jurídicas difieren, y deben analizarse por separado; y aunque el esquema de las Cooperativas de consumo o de servicios guarda ciertas similitudes con los supuestos más relevantes de las Cooperativas de viviendas, no pueden identificarse.

⁹ En general, como se verá en las citas sucesivas que haremos, a lo largo de la tesis, de las Sentencias del Tribunal Supremo de los últimos veinte años (1979 a 1999) relativas a Cooperativas de viviendas, este Tribunal viene aplicando las siguientes normas civiles generales: título preliminar del CC y libro IV, obligaciones y contratos, así como, en alguna ocasión, los artículos relativos al derecho de propiedad. Con relación a las obligaciones y contratos se aplican principalmente las normas de la teoría general de obligaciones y contratos en función de cada supuesto (cumplimiento e incumplimiento contractual, responsabilidad mancomunada o solidaria, concepto y requisitos del contrato, interpretación, autonomía de la voluntad, prescripción...). El Tribunal también estudia la aplicación de algunas normas de contratos en particular como la compraventa, la permuta, el arrendamiento de obra y servicios y el mandato en relación con la representación.

¹⁰ De tal forma, pueden aportarse las distintas posibilidades planteadas por GARCÍA MÁS, en su comentario relativo a la sociedad civil, en el que propone que, ante la imposibilidad de utilizar las figuras de la comunidad de bienes y la sociedad civil, se utilicen las Cooperativas de viviendas. Dicho autor distingue dentro del tráfico inmobiliario los siguientes supuestos: 1. Adquisición del solar para su construcción y enajenación, que suele considerarse sociedad civil o mercantil, pudiendo ser o no habitual la actividad, o tratarse de una sociedad de un solo negocio. 2. Compra de solar para construcción y reparto posterior de los inmuebles entre los integrantes del grupo, que puede realizarse bajo las formas de comunidad, sociedad civil o Cooperativa de viviendas. Dentro de este segundo supuesto, el autor se decanta por la Cooperativa de viviendas para lograr los objetivos citados 3. Aportación de solar a cambio de piso (permuta de cosa presente por cosa futura o contrato de empresa), o a cambio de participación en los beneficios de la venta (sociedad civil). Se olvida este autor que la legislación cooperativa no resuelve los problemas prácticos reales que se plantean, incumplimientos, vicios o defectos, demora en la entrega..., y ello obliga a acudir a figuras conocidas de derecho común.

GARCÍA MÁS, F.J. *"Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa"*: sociedad civil. Consejo General del Notariado, Madrid 1996, pág. 82 a 84. *"La Cooperativa de viviendas puede ser la figura jurídica*

razones prácticas en favor de la necesidad de analizarlas como figura autónoma, por la importancia que tienen en la construcción inmobiliaria, representando una parte importante y creciente de la oferta actual de vivienda¹¹. Sin embargo, a ello hay que añadir algunos aspectos negativos, como es que el amplio desarrollo de las Cooperativas de viviendas no evita que existan algunos usuarios descontentos por el funcionamiento de éstas, y que, en general y dada la actual normativa, sea difícil en la práctica resolver sus problemas en relación con la construcción de las viviendas¹². Además se plantean diversos problemas añadidos en la gestión de la Cooperativa, como la dificultad de exigir responsabilidad a la gestora -en los supuestos de gestora que promueve y organiza¹³-, la exigencia de garantías al Consejo Rector por mora o incumplimiento del contrato -total por ausencia de construcción, o parcial por discrepancias entre las calidades de la

que mejor se adapte a este tema, con las repercusiones importantes del régimen fiscal de cooperativas en lo relativo a las cooperativas de viviendas”.

¹¹ ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS GESTORES DE COOPERATIVAS Y COMUNIDADES DE VIVIENDAS, AGECOVI. Madrid, 1996. Entre los datos estadísticos que aportan con relación a Madrid, sobre la base del estudio realizado por BDV, consultores inmobiliarios S.L., puede citarse como interesantes los siguientes: el papel de las cooperativas en la resolución de la demanda de vivienda se va incrementando sucesivamente, y así en 1993 fue un 22% y en 1994 el 29%. El motivo principal de acceso a la Cooperativa es el precio de las viviendas (70%), y el descontento ante la misma por la inadecuación de la vivienda a las necesidades del cooperativista es del 20%, siendo los motivos principales de éste los referidos a las características y calidad de la vivienda entregada.

Otro estudio sobre este tema en: EUSA SOCIOLOGÍA, “*Demanda potencial de vivienda en siete ciudades españolas*”, IGS Ediciones, Madrid 1992. En este trabajo (pág. 36, 132, 182 a 207) se reitera el dato del 30% de compradores que se integran en una Cooperativa como método del mercado inmobiliario; y se concretan las ventajas e inconvenientes de las Cooperativas de viviendas, abaratamiento de precio y freno a la especulación de los promotores inmobiliarios, como datos positivos; y demora en la entrega e imposibilidad de control de los administradores por parte de los miembros de la misma, como inconvenientes que generan desconfianza.

¹² OCU “*Dinero y derechos : Cooperativas de viviendas*”, abril 1996, núm. 34, pág. 18. Algunos de los aspectos o inconvenientes que se plantean son los siguientes: con relación al tiempo de cumplimiento del contrato, la demora en el plazo previsto de construcción o el incumplimiento total por parte del obligado a construir; el incumplimiento relativo por vicios, defectos en lo entregado, llegando en muchos casos a la ruina; respecto al precio, sus posibles modificaciones en función del llamado “coste real” de las viviendas; con relación a la vivienda entregada: las calidades de la vivienda suelen alterarse; el socio es considerado promotor, no comprador, por lo que no puede beneficiarse de la protección de la LCU -esto no es cierto, y además el TS, en algunos supuestos, mantiene que no pueden recaer sobre el socio o la Cooperativa los efectos perjudiciales de su consideración como promotor-; y por último, las restricciones respecto de la venta posterior de la vivienda del socio a un tercero.

¹³ OCU, “*Dinero y derechos : Cooperativas de viviendas*”... cit, pág. 18: “Quien decide realmente la marcha es la gestora y con ella es con quien se relacionan los órganos de la Cooperativa. La gestora contrata con los profesionales pero no se responsabiliza de su actuación. En caso de problema el socio sólo podrá reclamar contra los propios profesionales y no contra la gestora, cuya función es simplemente de mediación. La gestora sólo será responsable por mal cumplimiento de su función de mediación”.

vivienda ofertada y la entregada-, y el respeto a la Ley respecto a las condiciones que debe cumplir la baja del socio y la devolución de su aportación¹⁴. En algún caso, como ocurre con otras figuras jurídicas, y en perjuicio de las Cooperativas en general, pueden existir supuestos de simulación respecto de la propia realidad Cooperativa¹⁵, utilizada por empresas gestoras que se aprovechan de ella, ejerciendo funciones de entidad de promoción y construcción inmobiliaria, existiendo fraude de ley¹⁶. Serán casos aislados¹⁷, y patológicos, sin que pueda generalizarse respecto de su existencia¹⁸, y en ellos la

¹⁴ En opinión de la OCU "Dinero y derechos: Cooperativas de viviendas" ... cit: las cláusulas ilegales más frecuentes son las modificaciones de la cuantía de las deducciones en caso de baja, incrementando las mismas más de lo que la Ley permite, y la ausencia de garantía respecto a las cantidades aportadas, siendo legalmente obligatorio garantizarlas. Otras cláusulas frecuentes, legales en principio, cuya aplicación debe analizarse, son la posibilidad de modificar las calidades o el precio de la vivienda.

¹⁵ Un supuesto de simulación distinto, referido a la adjudicación de vivienda, en el que existen connotaciones de fraude de ley, es el analizado en la STS 24-6-1991 (Ar. 4577), aunque se trata de una simulación referida a la cesión de derechos sobre la vivienda del adjudicatario a un tercero, encubriendo una compraventa. El Tribunal, en el fundamento de derecho cuarto, admite la visión de la audiencia favorable a la simulación: "la simulación contractual se revela por pruebas indiciarias que llevan al juzgador de instancia a la apreciación de su realidad, pruebas indiciarias que, en el presente supuesto, existen con evidencia ostensible, ya que cuando las partes celebraron el contrato litigioso (26 de julio de 1985) (adjudicatario y tercero) ya hacia cuatro años que había sido terminada la construcción del edificio, cuya calificación definitiva fue otorgada en 8 de abril de 1981, y la vivienda objeto de litis con sus anejos ya había sido adjudicada por la Cooperativa al actor, aquí recurrente, Sr. C., quien la venía habitando, todo lo cual lleva a la conclusión, acertadamente obtenida por la Sala "a quo", de que el contrato verdaderamente celebrado entre las partes fue de compraventa de la vivienda o piso con sus anejos (plaza de garaje y trastero), aunque formalmente se le diera la apariencia de una simple cesión de derechos de cooperativista con el único designio de tratar de eludir las consecuencias derivadas de la normativa reguladora de las Viviendas de Protección Oficial, que prohíbe la venta de las mismas a precio superior al que legalmente les corresponde, conducta negocial esta que presenta evidentes connotaciones de fraude de ley."

También podría considerarse simulada la propia relación de adjudicación de la vivienda, como así entiende el Tribunal Supremo en los supuestos que se plantean ante él, en los que ha optado en ocasiones por ello, aunque no haga referencia expresa a dicha simulación, y se refiera a una errónea calificación del contrato por las partes, para llegar a resultados más positivos: Se produce esto en los supuestos en los que el TS estima existente una compraventa caracterizada con un pacto de reserva de dominio, en los casos de VPO, al margen de la calificación dada por las partes. Opta el Tribunal por modificar la calificación del contrato dada por las partes, sin admitir que sea un supuesto de simulación porque las consecuencias serían menos deseables: (STS 21-1-1992 (Ar. 1517), 13-3-1992 (Ar. 2177), 23-12-1992 (Ar. 10655), 31-12-1992 (Ar. 10424).

¹⁶ DE CASTRO, F.: "El negocio jurídico" Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1967, reedición de Civitas 1985, Madrid., pág. 375. Nos encontraríamos ante una simulación fraudulenta en la que la constitución de la Cooperativa, encubre una realidad oculta y, además, persigue un fin distinto del que la Ley prevé en ese caso.

¹⁷ También podría tratarse de un caso de interposición real en que el intermediario es contratante, sin existir simulación, sino representación indirecta; a diferencia de la interposición ficticia: distinción en DIEZ PICAZO Y GULLÓN: "Sistema de Derecho Civil", Vol. 1º. Tecnos, Madrid. 1998, pág. 524 y ALBALADEJO: "El negocio jurídico" Bosch, Barcelona 1958, pág. 174.

¹⁸ Y ello, aunque en ocasiones mantengan esta postura los promotores privados, e indirectamente así la expusieron en los Foros Nacionales del Cooperativismo de viviendas celebrados en Madrid el 30 y 31 de enero de 1997, y el 27 de noviembre de 1998. Es difícil que exista una simulación absoluta respecto de la figura en sí, y más aún que pueda probarse. Si ocurriera la solución sería admitir que se trata de un promotor inmobiliario. Además, es

jurisprudencia procederá a la solución que corresponda. Generalmente, y por fortuna, la actuación cooperativa encaja más en los casos de interposición real, que probablemente responda a una representación indirecta u otra figura similar, y no a una simulación.

Además de estos y otros argumentos ofrecidos en el capítulo primero, la expansión práctica de las Cooperativas de viviendas y la existencia de problemas sin una solución clara impulsan el deseo de lograr respuestas teóricas a esos inconvenientes, que de hecho existen en ellas, por lo que intentaremos realizar un estudio individualizado y específico de las mismas, y en concreto de las cuestiones básicas que les afectan, sin perder la perspectiva cooperativa general.

2. LAS COOPERATIVAS DE VIVIENDAS: situación actual y evolución legislativa.

Como hemos avanzado, una vez planteado el estudio de las Cooperativas en general como personas jurídicas, todos los apartados del presente capítulo, y en general el resto de la tesis, se van a ceñir a las Cooperativas de viviendas en particular, con el fin de aportar una teoría general sobre ellas que permita resolver algunos de sus problemas concretos. Un estudio genérico de la figura cooperativa es poco aconsejable puesto que sería probablemente demasiado amplio, y no se llegaría a profundizar en los problemas concretos y reales de cada tipo cooperativo. Además, nosotros pretendemos analizar

difícilmente aplicable la simulación respecto del contrato de constitución de una persona jurídica. Así lo manifiesta DE CASTRO, aunque hace referencia a la tendencia del Tribunal Supremo favorable a esta simulación. El acuerdo de simulación, tácito, sería difícil de probar. El Tribunal Supremo considera que, si no existen documentos fehacientes, como será el caso, no podrá admitirse la simulación por protección de la seguridad jurídica, en cuyo caso se plantea la duda de que ocurrirá con la apariencia. El admitir que se produce un supuesto de simulación no resuelve los efectos que sobre los socios tendría la protección de terceros de buena fe, aunque no está claro si podrían considerarse los socios, terceros de buena fe respecto de los acuerdos tácitos de simulación. Quizá, por los beneficios que en la adquisición de la vivienda ostenta el cooperativista por su condición de tal, a éste no le interese que se declare la nulidad de la apariencia cooperativa o la existencia de una apariencia parcial y la realidad de su posible relación con la empresa gestora, puesto que en este caso el trato sería idéntico al de otros promotores inmobiliarios. No olvidemos que el cooperativista sólo quiere obtener la propiedad de su vivienda: DE CASTRO, F.: *"El negocio jurídico"* ... cit, pág. 346 y ss.

especialmente las Cooperativas de viviendas y, dentro de ellas, la adjudicación de la vivienda al socio cooperativo, y no las Cooperativas en general.

A lo largo de este apartado trataremos de sistematizar resumidamente la situación actual en que se encuentran las Cooperativas de viviendas en general, el origen de su tratamiento como tipo específico y la normativa histórica más interesante al respecto, de las que se extraerán conclusiones conjuntas, sin perjuicio de aludir escuetamente a otros ordenamientos jurídicos cercanos al nuestro.

2.1. Situación actual.

Las Cooperativas de viviendas se encuentra reguladas, como una clase más, en la legislación común vigente, la Ley de Cooperativas de 1999 –artículos 89 a 92, que corresponden a los 129 a 132 de la LGC–, y en las normas cooperativas autonómicas, por supuesto sometidas a lo que disponga el legislador comunitario. Los artículos de la LC estatal se ocupan, principalmente, del objeto y ámbito de las Cooperativas, de la transmisión de propiedad de las viviendas, los supuestos de baja del socio, las especialidades de los órganos de gestión en ellas, la especial situación de promociones o fases diversas en una misma Cooperativa, los supuestos en que debe acudir necesariamente a una auditoría externa y la transmisión de los derechos sobre la vivienda adquirida por el socio, limitada al derecho de tanteo y retracto de la Cooperativa, que revierte en los socios expectantes. Según la LC, las Cooperativas de viviendas *“asocian a personas que precisen alojamiento y/o locales para sí y las personas que con ellas convivan... alojamiento para aquellas personas que dependientes de ellos tengan que residir, por razón de su trabajo o función, en el entorno de una promoción cooperativa o que precisen locales para desarrollar sus actividades... pueden tener por objeto, incluso único, en cuyo caso podrán ser socios cualquier tipo de personas, el procurar*

edificaciones e instalaciones complementarias para el uso de viviendas y locales de los socios, la conservación y administración de las viviendas y locales, elementos, zonas o edificaciones comunes y la creación y suministro de servicios complementarios, así como la rehabilitación de viviendas, locales y edificaciones e instalaciones complementarias¹⁹”, para lo cual pueden adquirir, parcelar y urbanizar terrenos y desarrollar las actividades necesarias para el cumplimiento del objeto social.

2.2.1. Ley de Cooperativas de 1999.

La regulación actual de las Cooperativas de viviendas se realiza en términos muy similares a los de la LGC de 1987. Es una materia que no ha sido objeto de enmiendas²⁰, por lo que la redacción inicial del Proyecto de julio de 1998 era la misma que la admitida como definitiva.

La adjudicación de la vivienda al socio, actividad cooperativa específica de las Cooperativas de viviendas, se realiza, según el artículo 89.3 de la LC, en similares términos a los de la LGC: *“la propiedad o el uso y disfrute de las viviendas y locales podrán ser adjudicados o cedidos a los socios mediante cualquier título admitido en derecho”*. Casi todas las cuestiones relativas a las Cooperativas de viviendas: objeto, terrenos, reembolso y deducciones en caso de baja, cargos sociales, quedan reguladas de forma idéntica a la LGC de 1987.

¹⁹ Texto inicial del Proyecto de 1998 y definitivo de la LC.

²⁰ Tras las sesiones de la Comisión de Política Social y Empleo se publica el texto aprobado por ésta, con las enmiendas aceptadas, y dicho texto es idéntico, en materia de viviendas, al Proyecto de Ley presentado –lo mismo ocurre con el Texto del Senado, en que no se plantean enmiendas ni modificaciones-. BOCG 30-3-1999. Congreso de los Diputados. Serie A, nº 125-12, pág. 245 y ss. Informe de la ponencia en BOCG de 17-5-1999. Senado. Serie A, nº 136-d; y Dictamen de la Comisión en BOCG de 24-5-1999. Senado. Serie A, nº 136-e.

Como novedades pueden citarse sólo dos: la regulación de los efectos de las diferentes fases y promociones existentes en una misma Cooperativa²¹; con autonomía de gestión y patrimonial, responsabilidad separada, identificación específica de cada una, contabilidad independiente, Registro de terrenos individualizado, Juntas especiales; y algún aspecto - ya contemplado por las CCAA en sus normas- sobre los sujetos que pueden ser socios, y parientes a los que el socio puede transmitir los derechos sobre la vivienda sin que se le exija el respeto al derecho de tanteo y retracto de la Cooperativa²², entre los que se

²¹ Se incluye, como contenido del artículo 90, la construcción por fases o promociones: *“Si la Cooperativa de viviendas desarrollase más de una promoción o una misma promoción en varias fases, estará obligada a dotar a cada una de ellas de autonomía de gestión y patrimonial, para lo que deberá llevar una contabilidad independiente con relación a cada una, sin perjuicio de la general de la Cooperativa, individualizando todos los justificantes de cobros o pagos que no correspondan a créditos o deudas generales.*

Cada promoción o fase deberán identificarse con una denominación específica que deberá figurar de forma clara y destacada en toda la documentación relativa a la misma, incluidos permisos o licencias administrativas y cualquier contrato celebrado con terceros.

En la inscripción en el Registro de la Propiedad de los terrenos o solares a nombre de la Cooperativa se hará constar la promoción o fase a que están destinados y si ese destino se acordase con posterioridad a su adquisición, se hará constar por nota marginal a solicitud de los representantes legales de la Cooperativa.

Deberán constituirse por cada fase o promoción Juntas especiales de socios, cuya regulación deberán de contener los Estatutos, siempre respetando las competencias propias de la Asamblea General sobre las operaciones o compromisos comunes de la Cooperativa y sobre lo que afecte a más de un patrimonio separado o a los derechos y obligaciones de los socios no adscritos a la fase o bloque respectivo. La convocatoria de las Juntas se hará en la misma forma que la de las Asambleas.

Los bienes que integre el patrimonio debidamente contabilizado de una promoción o fase no responderán de las deudas de las restantes.”

En la discusión en Pleno del Proyecto de Ley el Ministro de Trabajo defiende este hecho como uno de los positivos del mismo: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno Sesión núm. 196, nº 202, 10-12-1998, pág. 10898 y ss.

Todos conocemos el origen “de hecho” de este artículo que intenta evitar la confusión de patrimonios entre las fases cooperativas. Otra cosa distinta es la responsabilidad patrimonial universal de la Cooperativa, que podría exigirse ante terceros de buena fe, y por razones de seguridad jurídica, como plantea el TS incluso en casos en que los límites de actuación o responsabilidad vengan impuestos legalmente. En este sentido, una posible solución sería considerar que los bienes de una fase no responden de las deudas de otras, pero ante terceros de buena fe pueden quedar afectos a las deudas de éstas, sin perjuicio de que exista un derecho de repetición posterior a la fase que debiera asumir las deudas.

La Ley 4/1999 de 30-3 de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, recientemente publicada y vigente desde el 25 de junio, plantea, en el art. 115 relativo a las fases, la responsabilidad “en último extremo del conjunto de la Cooperativa”. La redacción de esta Ley es muy similar a la de la LC, incluyendo algunas cuestiones novedosas que han sido incorporadas a la tesis, en las notas a pie en que hacemos referencia a las normas autonómicas, sin perjuicio de tenerla en cuenta aquí, por tratarse de nuestra Comunidad Autónoma.

²² Nos referimos a los derechos de tanteo y retracto que la Cooperativa puede ejercer, a favor de los socios expectantes, si el socio transmite sus derechos sobre la vivienda a favor de terceros antes de cinco años desde la licencia de ocupación (hasta un máximo de 10 años establecido en Estatutos). Dichos derechos se regulan en la LC términos similares a la LGC –art. 132-, salvo la sustitución de la cédula de habitabilidad por la licencia de primera ocupación en el 92.1, y la obligación de reiterar el ofrecimiento si, transcurrido un año desde que este se realizó no se ha llevado a cabo la transmisión. Además, el apartado 3 incluye, como limitaciones al ejercicio de

incluye novedosamente el derecho del cónyuge del socio separado o divorciado. Nos preguntamos que ocurrirá con el cónyuge no separado al que interese ser propietario de la vivienda adquirida por el otro antes del matrimonio, y como se resolverá la situación de familiares que convivieran con el socio y no se encuentren en las líneas de parentesco expresamente limitadas –hermanos-. Son situaciones que el legislador no se plantea.

2.2.2. Derecho autonómico.

Como reseñábamos en el capítulo anterior, en la actualidad, dentro de la estructura del Estado, la normativa que debe analizarse se compone de la LC estatal, y de Leyes de Cooperativas autonómicas dictadas en las CCAA con competencias exclusivas sobre la materia, que cada vez son mayores en número. Esta competencia ha sido atribuida por los Estatutos de autonomía de las mismas sobre la base del artículo 149.3²³ de la Norma fundamental, ya que la Constitución no se refería a ellas dentro de las competencias exclusivas del Estado. Dichas Leyes de Cooperativas autonómicas son anteriores, temporalmente, a la regulación general anterior de 1987, que las tomó como inspiración, aunque han sufrido ya alguna o varias modificaciones. En todas las normas autonómicas vigentes en la actualidad se regulan de forma específica las Cooperativas de viviendas²⁴.

los derechos de tanteo y retracto, las transmisiones realizadas por el socio a favor de ascendientes o descendientes, así como al cónyuge *"decretadas o aprobadas judicialmente en los casos de separación o divorcio"*

²³Art. 149.3. *"Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas."*

²⁴ Ley de Cooperativas del País Vasco de 24-6, artículos 114 a 118. Texto refundido de la Ley de Cooperativas de Cataluña, aprobado por RID 1/1992 de 10-2, artículos 95 a 98. Ley de Cooperativas andaluzas 2/1999 de 31-3, artículos 133 a 139. Ley de Cooperativas de Extremadura 2/1998 de 26-3, artículos 134 a 138. Ley de Cooperativas de la Comunidad valenciana aprobada mediante DL 1/1998 de 23-6, artículo 81. Ley foral de Cooperativas de Navarra 12/1996 de 2-7, artículo 65. Ley 9/1998 de 22-12 de Cooperativas de Aragón, artículos 84 y 85. Ley 5/1998 de 18-12 de Cooperativas de Galicia, artículos 120 y 121. Todas ellas regulan con más o menos precisión la materia de viviendas, especialmente lo relacionado con la delimitación de quienes pueden ser socios, las distintas fases o promociones, la gestión o representación de la Cooperativa por terceros y los supuestos de auditoría externa, la distinción entre la transmisión del derecho a la adjudicación y el derecho de propiedad sobre la vivienda y remisión en algún caso a las normas administrativas de protección, incluyendo la

lo que da lugar a normas sobre su funcionamiento similares a las de la LC 27/1999 y a la LGC de 1987. En el caso de las Cooperativas de viviendas no podemos olvidar el problema, ya avanzado en el capítulo primero, que podría plantearse por la posible colisión de la normativa autonómica y el art. 149.1º.8, ya que muchos de los aspectos de éstas afectan directamente a materias de derecho civil común, foral o no.

2.2.3. Derecho comunitario.

En la elaboración del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, en tramitación - último texto: la propuesta modificada de Reglamento de 6-7-1993-, no se tiene en cuenta, en ningún momento, la diversidad de clases de Cooperativas en función de la actividad, ya que se trata de una norma que se refiere a éstas de forma genérica. En el ámbito comunitario, no integrado orgánicamente en la Comunidad, el Comité de Coordinación de las Asociaciones Cooperativas de la Comunidad Europea -CCACC- se encuentra formado por sectores según la actividad cooperativa, entre ellos el de vivienda que viene funcionando desde 1988- CECODHAS²⁵- en el que se insertan las Asociaciones de Cooperativas de viviendas de los Estados miembros.

posibilidad de que la propiedad o el uso sean habituales o por temporadas, así como la posibilidad de construcción propia o por terceros, y la referencia al régimen de propiedad horizontal posterior. También se refiere a ellas la reciente Ley 4/1999 de 30-3 de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, que las considera de autoayuda consumidora, en el art. 104, y las desarrolla en los artículos 114 y ss, distinguiendo el derecho a la adjudicación de la vivienda

²⁵ El CECODHAS fue constituido el 4 de marzo de 1988 (en 1986 ya existía con otro nombre y competencias exclusivamente cooperativas) como foro para *"la promoción de cooperativas de viviendas mediante la coordinación y mutuo apoyo de las organizaciones nacionales con el fin de mejorar las posibilidades económicas, técnicas y sociales; el intercambio de ideas y experiencias; y la aplicación y desarrollo de un servicio de información"*: GÓMEZ APARICIO, AP: *"Análisis de los aspectos financieros de la Sociedad Cooperativa de viviendas en España"*. Comunidad de Madrid, Consejería de Economía 1991, pág. 247. Es una asociación internacional sin fin lucrativo, de derecho belga, acreditada en la Comisión de la Comunidad Europea. Actualmente se compone de diversas secciones: cooperativas, sector público y sector privado. Las secciones reagrupan los organismos de los estados miembros en función de su actividad. La sección Cooperativa juega un papel de coordinación entre las organizaciones cooperativas miembros, para favorecer el intercambio de experiencias y de información, las representa en el CCACC y participa en la ACI (Alianza Cooperativa Internacional). El sector público de viviendas reúne a las organizaciones regionales o nacionales representativas del sector público de viviendas. El sector privado sin fin lucrativo agrupa los organismos que trabajan en el sector asociativo de viviendas de forma voluntaria. Respecto a nuestro país, la Confederación de Cooperativas de viviendas de España (CONCOVI) forma parte del citado organismo CECODHAS

2.2. Evolución histórica.

La evolución histórica legislativa y sociológica de las Cooperativas de viviendas responde a una diferenciación cada vez mayor de las mismas, así como del resto de clases dentro de las Cooperativas en general.

En las primeras referencias que existen sobre Cooperativas en nuestro ordenamiento jurídico no se alude a las distintas clases, excepto a partir de la Ley de Asociaciones de 1887. En la época del **Código de comercio de 1885**²⁶ las Cooperativas se dividían en producción, crédito y consumo, incluyéndose las de viviendas dentro de las de consumo, de las que se desmembrarán posteriormente, como veremos, quedando todas ellas excluidas de su ámbito. Dejamos de lado la regulación del **Código Civil de 1889** que no hace referencia a las Cooperativas, sometidas a la Ley de Asociaciones de 1887, aunque la regulación de éste será aplicable a algunos aspectos de las Cooperativas de viviendas. La **Ley de asociaciones de 1887**, al incluir a las Cooperativas dentro de su ámbito, mantiene la misma clasificación que el Código de comercio de 1885 en producción,

Este Comité se manifiesta respecto a diversidad de temas relacionados con la vivienda en los Estados miembros de la UE: empleo, desigualdades sociales y económicas, sector de la construcción, responsabilidades, materiales de la construcción. En materia de construcción se muestra a favor de que las responsabilidades, garantías y seguros sean adoptados y mejorados por los Estados miembros, antes que proponer una reglamentación comunitaria específica del tipo de la directiva de responsabilidad por productos (directiva de responsabilidad por servicios, directiva de responsabilidades y garantías en el sector de la construcción). Respecto de la directiva sobre materiales de construcción afirma que precisa más concreción por ser excesivamente genérica. Entre las ideas propuestas por el CECODHAS, en la sección cooperativa, interesa destacar la creación de una marca de calidad para las viviendas construidas por las Cooperativas de viviendas.

²⁶ Con relación a las Cooperativas de viviendas, y dentro de la argumentación presentada para excluir de la mercantilidad de las Cooperativas en el capítulo primero, se ofrecieron las afirmaciones de la Exposición de motivos del Código de comercio sobre el carácter no mercantil de la compraventa de inmuebles para su reventa, así como la reiteración de esta idea, con la interpretación de la regulación del contrato de compraventa de muebles -artículos 325 y ss- lo que nos hacía plantearnos la diversidad de objetos cooperativos, y su carácter distinto. Exposición de motivos: “Por eso, si bien la simple compra de bienes raíces no constituye un acto mercantil, podrá adquirir semejante carácter cuando vaya unida a otra especulación sobre efectos muebles corporales o incorporales. Por manera, que no puede admitirse como principal absoluto, el consignado en el Código vigente, que niega a toda venta de bienes raíces el carácter de mercantil. Esta calificación dependerá de las circunstancias que concurren en cada caso, la cual harán los tribunales, aplicando los principios generales sobre la naturaleza de los actos de comercio.” Estas ideas son reiteradas en el artículo 325: “Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa.” Y 326: “No se reputarán mercantiles: 1º. Las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de las personas por cuyo encargo se adquieren. 4º. La reventa que haga cualquier persona no comerciante del resto de acopios que hizo para su consumo.”

crédito y consumo. No se hace ninguna referencia a otras clases incluidas o no en éstas, ni a las actividades que realizan.

La **Ley de Sindicatos agrícolas de 28-1-1906**²⁷ es la primera que hace referencia a las instituciones de cooperación, personas jurídicas, si bien en el ámbito agrario. Con esta Ley se inicia una época en que se tiene en cuenta la diversidad cooperativa en función de la actividad realizada; diversidad que en materia de viviendas se materializa en la legislación de casas baratas, iniciada en 1908 y que se prolonga hasta 1924, precedente de la actual regulación de viviendas protegidas que durante todo el siglo se ha mantenido con distintos nombres y regulación orientándose hacia la protección de la adquisición de viviendas en función de los usuarios de las mismas. El reconocimiento y fomento legislativo de las cooperativas con fines de construcción de vivienda se produce con esta legislación de primeros de siglo, aunque habrá que esperar a décadas posteriores para encontrar un régimen jurídico concreto de las Cooperativas, en general -Ley de 1931-, y el reconocimiento y regulación de las de vivienda en particular -a partir del Reglamento de 1931 y de la Ley de 1942-. En el inicio de la regulación cooperativa se tienen en cuenta dos circunstancias destacables, deducidas de la lectura de la legislación citada, que planean permanentemente sobre ellas, su tratamiento como asociaciones y la diversificación en clases, entre otras las de viviendas, en orden a dictar normas especiales para cada una de ellas.

La **legislación de casas baratas** (con finalidad de ayuda y fomento a la construcción de viviendas para determinados colectivos de ciudadanos) se encuentra formada

²⁷ Diario de sesiones de las Cortes 1905- 1906, sesión de 22-1-1906, núm. 69, apéndice 1º: "art. 1º: *Se consideran sindicatos agrícolas para los efectos de esta ley las Asociaciones, Sociedades, Comunidades y Cámaras agrícolas constituidas o que se constituyan legalmente para alguno o algunos de los fines siguientes: ... 8º. Instituciones de cooperación, de mutualidad, de seguro, de auxilio o de retiro para inválidos y ancianos, aplicadas a la agricultura o la ganadería.*"

principalmente por diversas Leyes sucesivas²⁸, de 1911²⁹ (con modificaciones en 1914 y 1916 de su artículo 21 relativo a las subvenciones estatales y sus condiciones), 1921³⁰ y 1924³¹. La razón de ser de esta legislación es la promoción de la construcción de viviendas realizada, entre otras, por las Cooperativas. Como puede deducirse de esta legislación sobre casas baratas, la intención del legislador responde al espíritu que deberían tener las Cooperativas de viviendas en la actualidad, esto es, su fomento en función de su contribución para la construcción de casas a precios más económicos, inicialmente para clases obreras pero ampliado después a las clases medias³². Hemos expuesto, de forma resumida, las normas iniciales más relevantes, sin pretensión de realizar un análisis completo. La razón por la que nos hemos referido a ellas es que se

²⁸ Archivo del Congreso de los Diputados : Ley de 1910 : legajo 394 núm. 3, Leyes de reforma del artículo 21 de 1914 : legajo 427 núm. 15, 1916 : legajo 435 núm. 21, Ley de 1921 : legajo 469 núm. 10.

²⁹ Aprobada en la sesión de 8-6-1911. Diario de sesiones 1911, sesión 37, apéndice 9º. Ley de 12-6-1911. Publicada en Alcubilla legislación 1911, pág. 417, gaceta 1 julio. La Ley de 1911 prevé la constitución por el gobierno de una Junta de fomento que tiene, entre otras atribuciones, según el artículo 2. b), “*promover la constitución de sociedades benéficas o cooperativas para la construcción de casas higiénicas y baratas y de sociedades de crédito popular para facilitar recursos a los que deseen adquirirlas*”. Las personas que podían optar a estos y otros beneficios (pago a plazos, exenciones, subvenciones) respondían a clases sociales determinadas con escasos ingresos. En 1914 y 1916 se producen sendas modificaciones del artículo 21, relativo al régimen de subvenciones otorgadas por el gobierno y las limitaciones de éstas.

³⁰ Diario de sesiones de las Cortes 1921, sesión de 6-12-1921, núm.102, apéndice 1º : Art. 6 : “*podrán construir las casas baratas, el Estado, los Ayuntamientos, las demás Corporaciones oficiales, las Sociedades de todas clases y los particulares*”. En noviembre de 1921 se modifica la Ley de 1910, reforma que consiste en la ampliación de los sujetos o personas jurídicas cuya constitución se promueve. Se habla de la promoción de sociedades, sin especificar ningún tipo (la razón del cambio parece ser, como se deduce de la Exposición de motivos de la Ley, las dificultades provocadas por la Primera guerra mundial que llevan a ampliar el círculo de personas jurídicas y físicas beneficiadas por esta legislación). La ampliación de 1921 respecto al fomento de todas las sociedades dedicadas a la construcción de inmuebles no afecta a lo anterior, pues responde a razones históricas coyunturales. Se observa una regulación mayor de la materia, con la ampliación de los medios para el fomento de la construcción, dedicándose algunos artículos a la gestión de este sistema, a la transmisión de estas casas e incluso al sancionamiento de las condiciones insalubres.

³¹ Alcubilla legislación 1925. Pág. 505 y ss. A lo largo de 1924 continúa la preocupación por la construcción y fomento de las casas baratas, que se concreta en el Decreto Ley de casas baratas de 10-10-1924, el R.D.L. sobre construcción de viviendas por los ayuntamientos de 20-12-1924, el R.D.L. sobre la emisión de deuda perpetua interior destinada a la construcción de casas baratas de 18-4-1925, y el R.D.L. de casas económicas de 29-7-1925. Esta última modalidad, casas económicas, amplía a la clase media los beneficios de su construcción, aunque establecen una serie de requisitos mínimos relativos a los ingresos anuales. La construcción de las casas económicas puede ser realizada por cooperativas y sociedades de todas las clases, o por los ayuntamientos y demás corporaciones oficiales.

³² La sucesión de normas desde 1935 ha sido amplísima, casas protegidas en 1939, viviendas de clase media en 1944, viviendas bonificables de 1948 y 1953 refundidos en 1954, viviendas de renta limitada de 1954... llegando hasta la regulación de viviendas de protección oficial, que surge en 1963. VILLAR EZCURRA, J.L.: “*La protección pública a la vivienda*”. Montecorvo, Madrid 1981. También sobre esta cuestión puede consultarse:

trata de la primera incursión de la figura Cooperativa en materia de viviendas, aunque su evolución posterior se desliga de ésta, sin plantearse una normativa específica de las Cooperativas de viviendas, y orientándose hacia la protección de la construcción de determinados tipos de vivienda, por su destino a favor de determinados colectivos, según sus circunstancias. A diferencia de otros países la legislación cooperativa general absorbe todas las clases de cooperativas, desvinculándose de la legislación de promoción de viviendas –que en la actualidad es principalmente administrativa, y se materializa en la normativa sobre viviendas de protección oficial-.

Aunque, a propósito de la legislación de casas baratas, el legislador reconoce y estimula la creación de Cooperativas destinadas a la construcción de viviendas, la aparición de normas jurídicas sobre cooperativas de viviendas dentro de la propia legislación cooperativa se produce más tarde. La **Ley de Cooperativas de 9-9-1931** incluye y cita las Cooperativas de viviendas dentro de las de consumidores³³, dedicando a éstas últimas los artículos 19, 20 y 21. El **Reglamento de desarrollo de la Ley de 1931** no se limita a incluir a las Cooperativas de viviendas dentro de las de consumidores -en el artículo 21.5º- y da un paso más al dedicarles un artículo expreso, el 87³⁴, con relación a la fijación de límites respecto del número de socios y la necesidad de autorización administrativa para la relación de la Cooperativa con terceros. La **Ley de Cooperativas de 27-10-1938** contempla a las Cooperativas de viviendas dentro de las de

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A: "Sistema jurídico de las Viviendas de Protección Oficial". Vol. 1º y 2º. Universidad de Navarra 1970.

³³ "Art. 18.5º: Serán consideradas como Cooperativas de consumidores las que tengan por objeto principal procurar, en las mejores condiciones posibles de calidad y precios, las cosas y servicios para el consumo o el uso de los asociados y sus familias. Se distinguirán entre ellas : 5) Cooperativas de la vivienda." No se regulan los tipos concretos de Cooperativas de consumidores, y la Ley se ocupa de la figura en general y, especialmente, de las relaciones de las Cooperativas de consumo con sus socios y con el público. Se deja el desarrollo de los distintos aspectos apuntados por la Ley para un reglamento posterior.

³⁴ "Art. 87 : Las Cooperativas de la vivienda podrán, excepcionalmente, fijar un límite máximo al número de socios o constituirse con un número indefinido de grupos o secciones con número ilimitado de socios en cada

consumidores³⁵, sin desarrollar ningún aspecto de aquellas. Con la **Ley de Cooperativas de 2-1-1942** cesa la inclusión de las Cooperativas de viviendas dentro de las de consumo, apareciendo por primera vez como tipo específico³⁶. El **Reglamento de 11-11-1943** desarrolla la Ley de 1942, y no repite las normas de ésta, por lo que no contiene ninguna referencia a las Cooperativas de viviendas. El **Reglamento de 13-8-1971** deroga el anterior de 1943 y desarrolla por segunda vez la Ley de 1942 para adaptarla a los nuevos tiempos. Así se manifiesta³⁷ en su Exposición de motivos, en la que hace referencia a la vivienda, y en algunos artículos generales que establecen normas específicas sobre viviendas. Dentro las clases de Cooperativas, se destina un artículo³⁸ a

una. No podrán realizar operaciones activas sino con sus socios o con otras Cooperativas concertadas, salvo autorización expresa del Ministerio en casos excepcionales".

³⁵ "Art. 4 : ... Entre las Cooperativas de consumidores se distinguirán : Quinto. Cooperativas de viviendas." Se ocupa esta Ley de la inclusión de las Cooperativas dentro de la organización estatal y su control, pero por razones históricas obvias no se interesa acerca de la regulación concreta de las Cooperativas en función de sus distintas clases.

³⁶ El artículo 36 las denomina "Cooperativas de viviendas protegidas" y un artículo concreto, el 41, se ocupa de sus especialidades. "Las Cooperativas de viviendas protegidas se dedicarán a la construcción de casas exclusivamente para sus socios, a fin de proporcionarles un hogar digno, higiénico y económico, relacionándose a los efectos de constitución y disolución, con el Ministerio de Trabajo, a través de la Obra Sindical de Cooperación, y en cuanto a su funcionamiento y cumplimiento de sus fines, con el Instituto Nacional de la Vivienda y la Obra Sindical del Hogar de la Delegación Nacional de Sindicatos". La Ley fija de forma expresa el objeto de éstas y se ocupa, principalmente, de su inclusión en la rígida organización estatal del momento. En relación al número de socios, dentro de las normas generales, el artículo 8 limita el mínimo a 15 en las Cooperativas de viviendas protegidas.

³⁷ Exposición de motivos: "4. ... Flexible regulación de las de Vivienda, que permita la utilización de la forma cooperativa en la solución de un problema de tan acusados matices sociales como es la vivienda, y que enmarque el pujante cooperativismo de vivienda en un espíritu de mutua ayuda y solidaridad". El artículo 4 en relación al contenido de los Estatutos y el número de socios, exige que en viviendas no baje de diez (15 para el resto de Cooperativas).

³⁸ "Art. 49. 1. Se considerarán como Cooperativas de viviendas las que tengan por objeto principal procurar viviendas y edificaciones complementarias exclusivamente para los socios y sus familiares, pudiendo realizar los trabajos, obras y servicios que sean necesarios, incluso con la aportación del trabajo personal de sus asociados. También podrán incluir, como funciones complementarias entre sus actividades, la conservación y administración de las viviendas, elementos y edificaciones comunes. 2. La existencia de locales de negocios, servicios complementarios y obras de urbanización... no obstará a la calificación de las mismas como Cooperativas. 3. Nadie podrá ser socio simultáneamente de dos o más Cooperativas de viviendas. 4. El socio que antes de adquirir la plena propiedad de la vivienda y, en todo caso, que antes de transcurridos cinco años a partir de la fecha de concesión de su cédula de habitabilidad o documento que legalmente la sustituya, pretendiere ceder sus derechos... 5. Si los locales comerciales o edificaciones complementarias construidas por la Cooperativa fuesen susceptibles de producir renta.... 6. Las Cooperativas de viviendas podrán ser como máximo de ámbito provincial. En los supuestos que la construcción se programe en distintas fases o para diversos emplazamientos... 7. Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende sin perjuicio de las competencias del Ministerio de la vivienda a tenor de la legislación aplicable a dichas Cooperativas en el cumplimiento de sus fines, y de las limitaciones establecidas por la legislación específica, a cuyo amparo se

las de viviendas, y se ocupa éste del objeto de la Cooperativa, las limitaciones de exclusividad que afectan a los socios, el derecho de tanteo y retracto de la Cooperativa, el destino de las rentas de locales de la Cooperativa, la limitación del ámbito de las Cooperativas (provincial), la autonomía de las fases o bloques y la sumisión a las normas del Ministerio de la vivienda, las de su legislación específica y las de propiedad horizontal -sumisión que implica el reconocimiento expreso de la naturaleza diferente de las Cooperativas de viviendas, por razón de su actividad, respecto de otras clases de cooperativas-. La **Ley de 19-12-1974** mantiene algunas notas³⁹ ya vistas en las normas anteriores respecto de las Cooperativas de viviendas. No se citan ni regulan aspectos concretos de las diversas clases de Cooperativas, incluidas las de viviendas, tarea que se remite a normas reglamentarias en el artículo 49 (y ello, aunque el Proyecto de Ley⁴⁰ sí citaba las diferentes clases, entre las cuales se encontraban la de viviendas). No me parece aconsejable la generalidad de la Ley de 1974⁴¹, salvo que las diferentes clases cooperativas hubieran tenido un desarrollo reglamentario posterior. El **Reglamento de 16-11-1978** desarrolla la Ley anterior, y contiene una regulación específica de la materia

realice o se hubiese realizado la construcción de las viviendas y las que vengan impuestas por las normas reguladoras de la propiedad horizontal, en cuanto les sea de aplicación."

³⁹ La limitación de socios en las Cooperativas de viviendas en el artículo 6 (sólo personas naturales) y las limitaciones en el derecho de voto en el artículo 25 (prohibición del voto plural).

⁴⁰ Archivo del Congreso de los Diputados, legajo 1319. Proyecto de Ley General de Cooperativas aprobado por el gobierno el 23-11-1973, publicado en BOCG de 23-1-1974: "Art. 48. Uno. Las Cooperativas podrán ser de producción; para comprar y vender; de consumo; de vivienda... y en general, podrán fijarse cualquier objeto social compatible con el espíritu y la forma de cooperativismo".

⁴¹ En las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley destacan la citada en la nota a pie 1, que propugna una distinción mayor entre las clases de cooperativas, y otra que plantea la separación entre las cooperativas de viviendas con o por prestación personal. Enmienda núm. 449, Sr. Hernández Navarro: "debe distinguirse entre las cooperativas de viviendas con o por prestación personal, por razón de su especialidad, por sus características específicas: las cooperativas de viviendas tienen por objeto la construcción de viviendas para sus socios y las cooperativas de viviendas construidas por los propios cooperadores, además de construirse las viviendas aportan esta construcción, su trabajo personal, con los problemas que esta aportación supone, por lo que precisan que se arbitren fórmulas específicas de funcionamiento." Archivo del Congreso de los Diputados, legajo 1321.

Tienen cierta relevancia e ingenio las enmiendas presentadas, lo que no ocurre con la discusión en la Comisión del Trabajo, que fue lenta y poco fructífera por razones políticas obvias, puesto que los diputados se sumaban generalmente a las opiniones de la ponencia sin apenas discusión y abandonando sus enmiendas.

de viviendas junto con especialidades⁴² dentro de las normas generales. Las Cooperativas se clasifican en el artículo 96, y de la regulación de las de viviendas se ocupan los artículos 103 a 107⁴³.

Con relación a la normativa recientemente derogada, y como pasos previos a su elaboración, debemos tener en cuenta la regulación de Cooperativas de viviendas en los Proyectos frustrados anteriores al de 1986. El Proyecto de 24-6-1980⁴⁴ planteó la elaboración de una LGC adaptada a los nuevos tiempos. Se pretendía, según la memoria explicativa del Proyecto, una Ley amplia, que fomente la autorregulación de las Cooperativas sin necesidad de acudir a un Reglamento por lo que, a diferencia de la Ley anterior, se introduce la clasificación de las Cooperativas y los aspectos que las diferencian. Las de viviendas tendrían un contenido muy similar al del Reglamento de 1978, aunque algo más escueto que éste⁴⁵. El Proyecto de 1985⁴⁶ fue tomado como base, prácticamente en su totalidad, para la elaboración de la LGC de 1987. En materia de viviendas la redacción es muy similar a la actual. Existen entre ambos textos escasas

⁴² Especialidades en materia de viviendas: adjudicación de terrenos de gestión pública (artículo 13), socios (artículo 15 : sólo personas naturales), consecuencias económicas de la baja (artículo 29), deducciones del reembolso por baja, que en viviendas serán aplicables a la cantidad abonada para el pago de ésta).

⁴³ Los temas que se desarrollan son los ya avanzados en el Reglamento de 1971, aunque de forma más amplia y exhaustiva: objeto, ejecución por fases (requisitos y autonomía), cesión del derecho a la vivienda a los socios y a terceros (límites, derechos de tanteo y retracto de la Cooperativa), obtención y destino de los rendimientos de los locales de negocio.

⁴⁴ BOCG. Congreso de los diputados. I legislatura, serie A, núm. 146-I. Proyecto de Ley de 24-6-1980.

⁴⁵ Se trata de los artículos 79 y 80, en los que se establecen normas concretas sobre el objeto, la adjudicación al socio, el derecho de tanteo de la Cooperativa, las limitaciones respecto a los socios y las peculiaridades de la construcción en fases o bloques.

En la tramitación parlamentaria las enmiendas planteadas en el Congreso intentaban incluir los siguientes temas: *extensión de la regulación de los bloques o secciones a todo tipo de cooperativas, modificación del límite de viviendas en la localidad, inclusión de la administración y gestión de la Cooperativa dentro del objeto social de la misma, excluyendo la aplicación de las normas de Propiedad Horizontal, inclusión también de modificaciones respecto a los locales comerciales.* Congreso de los diputados. I legislatura. Serie general, legajo 1890. La ponencia, en su informe de 17-4-1982 (BOCG. Congreso de los diputados. I legislatura. Serie A. Núm. 146-II) admitió la inclusión de los fines de administración y gestión de los inmuebles, el cese de limitaciones en familias numerosas y la modificación del destino de los rendimientos de locales. Desaparece de dicho informe el artículo 80, relativo a la administración separada de fases o bloques.

⁴⁶ BOCG. Congreso de los diputados. IIª Legislatura. Serie A, núm. 164-I. Pág. 3171 y ss. Cooperativas de viviendas en los artículos 128 a 131.

diferencias de matiz -como por ejemplo : socios sin ánimo de lucro - hoy mercantil -, auditoria externa para las Cooperativas con un número de viviendas superior a 100 - hoy 50-⁴⁷.

El Proyecto de 1986⁴⁸, para la elaboración de la **Ley General de Cooperativas de 1987**, es esencialmente idéntico al Proyecto de 1985, y con escasas diferencias respecto a la redacción final de la LGC. La clasificación de las Cooperativas continúa en la línea del Reglamento de 1978 y, aunque existen enmiendas al respecto éstas no son aceptadas. Con relación a las Cooperativas de viviendas -artículos 129 a 132- se ofrecen como novedades, respecto de la Ley de 1974, su regulación y la exigencia de auditoria externa en determinados casos⁴⁹. Sólo se admiten, en las sesiones de la Comisión⁵⁰, las modificaciones de los supuestos en los que la auditoria externa es obligatoria y la modificación del momento inicial de cómputo para la revalorización de lo aportado en caso de transmisión, que pasa a ser la fecha de los distintos desembolsos parciales. No se producen modificaciones en materia de viviendas en la tramitación del Proyecto en el Senado, puesto que las enmiendas⁵¹ planteadas, similares a las del Congreso, no son

⁴⁷ En el planteamiento y discusión de las enmiendas planteadas por los distintos grupos políticos, no se aportan novedades especialmente importantes respecto a las Cooperativas de viviendas. Éstas se refieren a la modificación de algunos matices respecto a la auditoria externa, la revalorización en caso de transmisión y la enajenación a terceros: Congreso de los Diputados. IIª Legislatura. Serie general, legajo 3351. El rechazo de las enmiendas, provoca que el texto definitivo aprobado por el Pleno del Congreso sea similar al Proyecto presentado un año antes. Enmiendas en Diario de sesiones. Congreso de los diputados. IIª Legislatura. Año 1985. Sesiones núm. 240 (22-10-1985), 242 (24-10-1985), 273 (27-2-1986), 275 (18-3-1986). Texto del Pleno del Congreso en el BOCG. Congreso de los diputados. IIª Legislatura. Serie A. Núm. 164-III. 25-3-1986.

⁴⁸ BOCG. Congreso de los diputados. IIIª Legislatura. Serie A. Núm. 4. 5-9-1986.

⁴⁹ BOCG. Congreso de los diputados. IIIª Legislatura. Serie A. Núm. 4-3. 14-10-1986. Pueden resumirse las enmiendas presentadas a los artículos 129 a 132 en los siguientes temas: limitaciones al número de titulares de viviendas en la misma localidad (enmiendas 178 y 329), obligación de presentar una auditoria externa en algunos supuestos concretos: contratación de personas para la gestión cooperativa, reducción del número de viviendas exigidas (enmiendas 179, 180 y 332), distinción en la venta de locales según sean propiedad de la Cooperativa o de los socios (enmienda 328), modificación de las mayorías para acordar nuevas aportaciones al capital social (enmienda. 330), modificación del momento inicial en que se produce la revalorización de las cantidades pagadas en caso de transmisión de la vivienda (enmienda 333).

⁵⁰ Diario de Sesiones de 10-12-1986. IIIª Legislatura. Comisión de política social y empleo, núm. 49, pág. 2035 y ss.

⁵¹ BOCG. Senado. IIIª Legislatura. Serie II. núm. 12.c. 20-2-1987; los temas esenciales, planteados por los enmendantes, en Cooperativas de viviendas son: la distinción entre los locales propiedad de los socios de los de

aceptadas -a excepción de una, citada en nota a pie-. Como consecuencia de todo lo dicho, el texto aprobado por el Congreso, el 31-3-1987⁵², no presenta apenas variaciones, en materia de viviendas, respecto del Proyecto presentado, que continúa la línea abierta por el Proyecto de 1985.

La realidad vigente en nuestro ordenamiento jurídico, común y autonómico, responde a la distinción de las Cooperativas en clases, en función de su actividad, entre las que se encuentran las de viviendas. Dicha clasificación es fruto de la evolución histórica de la figura; la consideración inicial de la Cooperativa en general dio paso, sucesivamente, a la distinción entre crédito, consumo y producción, y posteriormente a nuevas clasificaciones en función de la actividad, entre las que se incluyen las de viviendas. Así sucede, desde la legislación de casas baratas iniciada a principios de siglo, en la que se observa expresamente a las Cooperativas de viviendas como sujetos activos de construcción, y el Reglamento de Cooperativas 1931 que las contempla como tipo específico, hasta la actualidad. A partir de 1931, todas las normas cooperativas -a excepción de la Ley de 1974- diferencian tipos muy diversos, de crédito, agrícolas, de servicios, y de viviendas... La diversidad, cada vez mayor, exige soluciones diferentes para cada tipo de Cooperativa.

La evolución de la normativa cooperativa estatal y autonómica tiende a ello, aunque la realidad, a gran velocidad, la supera. El legislador actual regula escasamente las Cooperativas de viviendas, y no tiene en cuenta la diversidad de supuestos existentes en el tráfico, continuando en algunos momentos con una visión teórica, ideal del cooperativismo, y olvidando que en materia de viviendas la práctica se encauza en unos

la Cooperativa, limitación del número de viviendas de los socios en la misma localidad, previsión de un seguro de responsabilidad civil para el Consejo Rector. Sólo es admitida la enmienda relativa a la inclusión del término - mercantil - relativo a las entidades sin ánimo de lucro y su admisión como socios de Cooperativas de viviendas.

márgenes muy diferentes a los admitidos teórica e históricamente. No contribuye a mejorar la situación la desaparición de normas reglamentarias de desarrollo de la legislación cooperativa, por lo que cualquier adaptación de la Ley a la realidad precisa una modificación de ésta. El Derecho comunitario, por su parte, bastante trabajo tiene con unificar las cuestiones cooperativas generales, lo que no es óbice para que de forma extraoficial se reconozcan organismos cooperativos especializados según los sectores de actividad.

La citada evolución refleja una tendencia cada vez mayor hacia un tratamiento diferenciado de las Cooperativas de viviendas, cuyos aspectos concretos precisan la necesaria remisión a otras normas no cooperativas, de Derecho común, que contribuyan a solventar los problemas que la práctica plantea; remisión que la jurisprudencia no abandona, y que era admitida por la LGC para las Cooperativas en general, y se había planteado también en normas anteriores, como el Reglamento de 1971. La regulación de los aspectos concretos de las Cooperativas de viviendas en normas cooperativas no es muy precisa, y podría interferir en los criterios de Derecho privado aplicables. Otros ordenamientos han optado por la solución de regulación reglamentaria específica por sectores, y remisión a otras normas si se precisa. Nosotros proponemos un estudio normativo y doctrinal diferenciado, centrado esencialmente en las Cooperativas de viviendas, en orden a averiguar si la interpretación de la normativa cooperativa es suficiente, o bien es necesario acudir al derecho civil, proponiendo también un desarrollo reglamentario suplementario.

⁵² BOCG. Congreso de los diputados. IIIª Legislatura. Serie A. Núm. 4-7. 31-3-1987.

2.3. Examen de otras normas del ordenamiento jurídico que tienen en cuenta a las Cooperativas de viviendas como clase específica, con caracteres especiales: legislación fiscal sobre Cooperativas.

El examen del tema objeto de la tesis puede y debe completarse, desde el punto de vista sistemático, con el análisis de otras normas del ordenamiento jurídico que tienen en cuenta la figura cooperativa y su regulación, como ocurre con la materia fiscal, y la penal, ya vista respecto de las Cooperativas en general. El origen de las Cooperativas se encuentra irremediabilmente “teñido” de exenciones fiscales utilizadas como fomento a su creación, aunque en la actualidad, y respecto a las Cooperativas de viviendas, estos beneficios fiscales hayan disminuido. La evolución de la normativa fiscal parte de un origen social y económico de las Cooperativas que parece haberse abandonado, y distingue a las Cooperativas en clases, entre otras las de viviendas, por lo cual puede aportarse como argumento a favor de la necesaria distinción de éstas.

Antes de surgir la normativa cooperativa específica, desde el punto de vista fiscal ya se tenía en cuenta a estos sujetos, y las normas generales y algunas específicas establecían exenciones fiscales para las Cooperativas, aunque no se refiriesen expresamente a las de viviendas⁵³. También en las Leyes de casas baratas⁵⁴ se pretendía el logro de beneficios

⁵³ Así, las Reales Órdenes del siglo XIX en relación a Cooperativas obreras, de crédito, de producción y consumo. Las Leyes de sindicatos agrícolas, dentro de su ámbito, también hacían referencia a dichas exenciones a favor de dichos sindicatos distinguiendo para la aplicación o no de la exención, entre operaciones internas de la Cooperativa o externas, realizadas con terceros (art. 6 y 7). Diario de sesiones de las Cortes 1905- 1906, sesión de 22-1-1906, núm. 69, apéndice 1º: “art. 6 : *Quedan exentos de los impuestos de timbre y derechos reales la constitución, modificación, unión o disolución de Sindicatos agrícolas... Las instituciones de previsión, de cooperación o de crédito, formadas por Sindicatos agrícolas y basadas en la mutualidad dentro de los mismos, estarán sujetas al impuesto de utilidades solamente por los dividendos de beneficios que repartan a los socios*”. La citamos por ser una de las primeras en las que se hace referencia al tema, aunque no se refiera a las Cooperativas de viviendas

⁵⁴ En 1911, como medida de fomento, se encuentran los art. 13 a 19 referidos a exenciones en las transmisiones mortis causa o la venta de las viviendas, contratos para adquisición de terrenos para su construcción o la construcción de servicios comunes, la constitución y modificación de las sociedades destinadas a la construcción, alquiler o venta de estas casas. En 1921 (cuya referencia es más bien genérica a las sociedades, no sólo a las Cooperativas) se dedica un apartado específico a las exenciones tributarias, en los art. 15 a 19, que continúa en la línea de la Ley anterior de 1911, al considerar que tienen opción a las exenciones todas las relaciones jurídicas con fines exclusivos de construcción o transmisión de estos inmuebles, siempre que se cumplan los requisitos sociales que la legislación pretende... En 1924 también se prevé un apartado de exenciones tributarias incluido en los beneficios que se conceden a las casas baratas, art. 17 a 22, en términos muy similares a los ya vistos en la Ley de 1921. En los artículos siguientes se amplían y concretan otro tipo de beneficios como primas a la

fiscales como medida, entre otras, de promoción. Este es el rumbo inicial que se planteó respecto de las Cooperativas destinadas a la construcción de inmuebles, casas baratas entonces, y actualmente viviendas en general. Además, en este orden de cosas también es interesante observar la disgregación de esta legislación originaria de principios de siglo, en Cooperativas de viviendas en general, reguladas en la LC, y protegidas fiscalmente como Cooperativas, y la legislación administrativa específica de viviendas de precio tasado y protección oficial, de la que son sujetos, entre otros, las citadas Cooperativas, que gozan de trato especial en muchos aspectos. Esta división ha sido beneficiosa en algunas cuestiones, pero ha ocasionado múltiples deficiencias en la regulación de las Cooperativas de viviendas respecto de las cuales la especial protección se va alejando cada vez más.

A partir de este momento, la segunda década del siglo XX, la evolución de la legislación fiscal de Cooperativas es dispersa, remitiéndose las Leyes y Reglamentos específicos⁵⁵ a

construcción, préstamos del Estado, cuya cuantía difiere en función del tipo de entidad que construya, siendo las Cooperativas las más beneficiadas. La legislación de 1925 sobre casas económicas goza de las exenciones de la Ley de 1924 y de otros beneficios establecidos por ésta.

⁵⁵ La Ley de 1931 de Cooperativas, en el preámbulo, alude a la cuestión fiscal aunque con remisión a normas posteriores: "... Hay aspectos, como el tributario, que no sería prudente resolver de momento..." El Reglamento de desarrollo de la Ley de 1931 hace una general y escueta referencia a las exenciones tributarias de las Cooperativas, aunque se remite a otras normas como la Ley del timbre que será analizada en relación a la Orden de 1948: "Art. 122. Salvo disposición expresa en contrario, se aplicarán a las Cooperativas que obtengan la calificación de populares las exenciones, facultades y beneficios de toda clase concedidos por diferentes disposiciones a las denominadas obreras. Art. 123. Las exenciones y beneficios de todas clases concedidos a las Cooperativas, serán aplicables a sus obras sociales, sin perjuicio de las demás ventajas que en virtud de disposiciones especiales les puedan corresponder, y siempre que dichas obras sociales figuren en la lista de las oficialmente aprobadas."

En la misma época, existe un Proyecto de Ley, que no llegó a ser Ley, de 31-5-1932, de régimen tributario y protección oficial de las sociedades cooperativas sometidas a la Ley de 1931, que distingue a las Cooperativas en clases. Es el primer intento, aunque frustrado, de regular expresa e independientemente los aspectos tributarios fundamentales de las Cooperativas. Las exenciones tributarias que promueve varían en función del tipo de Cooperativa que se trate: entre otras, las Cooperativas de viviendas de las que se afirma que gozarán de beneficios fiscales las de casas baratas. Enlaza aquí el legislador con la legislación sobre casas baratas de 1911 a 1921 por lo que entendemos que la Ley de Cooperativas de 1931 fue proyectada como Ley general, teniendo en cuenta que las distintas clases de cooperativas se desarrollarían posteriormente.

La Ley de 1942 hace referencia a ello en el artículo 31, remitiéndose a otras normas "Art. 31. Las sociedades cooperativas que se constituyan de acuerdo con las formalidades de esta Ley, seguirán disfrutando de los beneficios de orden fiscal y exenciones de cualquier clase que tuvieron concedidos a la publicación de esta Ley, así como los determinados en la Ley de 28 de enero de 1906 para los sindicatos agrícolas". También el Reglamento de 1943 alude a ello.

otras normas, y desarrollándose escasamente en las normas fiscales sobre impuestos o contribuciones concretos.

La Orden de 27-1-1948⁵⁶ es la primera norma fiscal específica sobre la tributación cooperativa. Con relación a si las Cooperativas de viviendas son sujetos de estas exenciones, la Orden se remite a lo contemplado en los impuestos o contribuciones vigentes en dicho momento, respecto de la inclusión de los actos realizados por las Cooperativas en las tablas y grupos de exenciones de dichos impuestos o contribuciones. En este momento el legislador no regula todavía de forma conjunta la materia fiscal cooperativa, existiendo exenciones y beneficios concretos que les afectan en los distintos impuestos o contribuciones. Hasta 1954, en que se dicta el Decreto de 9-4-1954, no se recogerán dichos beneficios en una norma única para las Cooperativas, el primer Estatuto Fiscal de Cooperativas, con base en el régimen jurídico de las mismas establecido en la Ley de 1942. Distingue este Decreto dos grupos fundamentales, las cooperativas protegidas y las no protegidas, estableciendo una serie de exenciones fiscales para las primeras, que nacen de pleno derecho. Las Cooperativas de viviendas protegidas⁵⁷ pertenecen al primer grupo, como su propio nombre indica -art. 2.6º-

⁵⁶ Aranzadi legislación 1948. Boletín del 5-2. Núm. 160, pág. 181. Propone algunas reglas generales respecto a la concesión de exenciones tributarias a las instituciones de carácter cooperativo, y establece un órgano -la Junta Consultiva del Régimen Fiscal de las Cooperativas-, dentro del Ministerio de Hacienda, con facultad de informar preceptivamente en la tramitación de los expedientes relativos a la concesión, suspensión o privación de exenciones fiscales y la interpretación de normas fiscales.

⁵⁷ El art. 3 se ocupa de definir los supuestos protegidos, entre los cuales hace referencia a las cooperativas de viviendas protegidas, para posteriormente determinar las exenciones de que gozarán según los diferentes impuestos -art. 4º-. Art.3.e del Decreto: "Las que tengan por único objeto la construcción de viviendas económicas para uso exclusivo de sus asociados" en AMORÓS RICA, N: "El régimen jurídico fiscal de las Cooperativas españolas" apéndice. Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1955, pág. 31. También se contemplan los supuestos de cese de estos privilegios, que en caso de las viviendas se producirá cuando transmitan la vivienda, "inter vivos", dentro de los cinco años siguientes a la habilitación de ésta: Art. 5: "Las Cooperativas de referencia no podrán gozar de los beneficios fiscales de que queda hecha mención, cualquiera que fuere su actividad. II. 6º. Tratándose de Cooperativas de viviendas protegidas: cuando resulte vulnerada la finalidad que persiguen o se transfieran las viviendas construidas por actos inter vivos antes de transcurrir cinco años a partir de la fecha de su habilitación". AMORÓS RICA, N: "El régimen jurídico fiscal de las Cooperativas españolas."... cit, pág. 52.

El Estatuto Fiscal de 1969, dictado mediante Decreto 888/1969 de 9-5, es el antecedente de la Ley de Régimen Fiscal de las Cooperativas de 1990. Incluye a las Cooperativas de viviendas dentro del grupo de las protegidas⁵⁸, al igual que su antecesor de 1954, sin distinguir entre especialmente protegidas y protegidas, como ocurre en la actualidad. Esta inclusión dentro del grupo de las más protegidas no se recoge en la Ley actual de 1990, quizá porque las cooperativas de viviendas económicas que reúnan ciertos requisitos ya son contempladas, a efectos de subvenciones y mejoras estatales, en las normas específicas de protección oficial. Esta distinción ha redundado en perjuicio de las Cooperativas de viviendas, ya que las condiciones de las normas de concesión de subvenciones permiten el acceso limitado en condiciones muy restringidas, principalmente económicas, sin ocuparse de los aspectos relativos a la gestión y actuación de las Cooperativas en general, que también son importantes y pueden influir en algún caso sobre que existan o no razones para la concesión de estos beneficios.

Las sucesivas normas cooperativas prestan escasa atención al régimen fiscal de las cooperativas, puesto que se remiten a la legislación específica, tanto el Reglamento de 1971⁵⁹, la Ley de 1974⁶⁰ y el Reglamento de 1978⁶¹.

⁵⁸ El contenido es similar al de 1954, regulándose los requisitos que deben reunir dichas Cooperativas, y las causas de pérdida de dichos beneficios. BOE 13-5-1969, núm. 890. Art. 6º.G: "Las Cooperativas de viviendas que tengan por único objeto la construcción de viviendas de carácter económico para uso exclusivo de los cooperativistas y sus familias... tendrán la consideración de económicas las viviendas... por uso exclusivo se entenderá...", y art. 9º.5: "Son causa de pérdida de los beneficios fiscales... Tratándose de Cooperativas de viviendas, cuando resulte vulnerada la finalidad que persiguen o se transfieran a no socios las viviendas construidas, por actos inter vivos, antes de transcurrir cinco años..."

⁵⁹ "Art. 21. las sociedades cooperativas se clasificarán a efectos fiscales en protegidas y no protegidas, gozando las primeras de las exenciones y beneficios fiscales que les conceden las disposiciones en vigor, y estando sometidas las segundas al Derecho fiscal común, que les será aplicable según las reglas especiales exigidas por sus singulares características de organización y funcionamiento en los términos que establece el Estatuto Fiscal de las Cooperativas"

⁶⁰ "Art. 62. Las entidades cooperativas continuarán disfrutando de las exenciones fiscales y beneficios de cualquier clase que tuvieran reconocidos o que en el futuro se les concedan, sin perjuicio de los que puedan corresponderles igual que a las sociedades de derecho común."

⁶¹ "Art. 13. 1. Las entidades cooperativas continuarán disfrutando de las exenciones fiscales y beneficios de cualquier clase que tuvieran reconocidos o que en el futuro se les concedan... las Cooperativas de viviendas continuarán teniendo derecho a la adquisición de terrenos de gestión pública, por el sistema de adjudicación

En desarrollo de la LGC anterior, que aludía al tema fiscal en la disposición final 5ª⁶², se dictó la Ley de régimen fiscal de las Cooperativas 20/1990 de 19-12, actualmente vigente. Esta Ley clasifica las Cooperativas en protegidas⁶³ y especialmente protegidas. Dentro de las especialmente protegidas se citan algunos tipos concretos de Cooperativas, entre las que no se encuentran las de vivienda, que deberán ser consideradas simplemente como protegidas. La Ley establece normas de exención comunes a ambas, junto con otras normas distintas, dentro del régimen fiscal existente. La preocupación del legislador respecto a la concesión o pérdida de esta categoría es que se mantengan los criterios relativos al capital, aportaciones, socios..., puesto que es a éstos a los que favorecen especialmente las exenciones fiscales -aunque también se benefician las empresas de promoción y gestión de Cooperativas-. Es la primera vez, en la regulación fiscal de las Cooperativas, que se excluye a las Cooperativas de viviendas del grupo más protegido fiscalmente. Sin embargo, pese a esta exclusión del grupo de las especialmente protegidas, sí gozan de los beneficios generales aplicables a todas las Cooperativas protegidas.

La Ley de Cooperativas actual se remite a la Ley 20/1990 de régimen Fiscal de las Cooperativas, con relación a las Cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro por el interés o titularidad especial de las mismas -disposición adicional novena y primera-, sin aludir en general al resto de Cooperativas. Ello no es necesario, puesto que

directa, para el cumplimiento de sus fines específicos. Todo ello sin perjuicio de los beneficios que puedan corresponderles igual que a las sociedades de derecho común."

⁶² LGC de 1987, disposición final 5ª: "En el plazo de seis meses desde la publicación de la presente Ley en el BOE, el gobierno remitirá a las Cortes el Proyecto de Ley sobre régimen fiscal de las Cooperativas".

⁶³ "Art.6.1ª. Serán consideradas como **cooperativas protegidas**, a los efectos de esta Ley, aquellas entidades que, sea cual fuere la fecha de su constitución, se ajusten a los principios y disposiciones de la Ley General de Cooperativas o de las leyes de Cooperativas de las CCAA que tengan competencia en esta materia." Sobre esta materia. MARTÍN FERNÁNDEZ, F.J: "Las Cooperativas y su régimen tributario". La Ley, Madrid 1994.

la propia Ley Fiscal remite a la General Cooperativa –las remisiones a la LGC quizá precisen alguna adaptación a la nueva Ley-.

En la actualidad, una de las polémicas que se plantean respecto de las Cooperativas de viviendas, es la existencia o no de una verdadera razón para mantener los beneficios fiscales, aunque éstos son menores que en el pasado. En contra de ellos se manifiesta el sector de la promoción y construcción inmobiliaria, que ve como dichos beneficios se otorgan sobre la base de circunstancias sociales o económicas cuya razón de ser es dudosa, y que no están presentes en la realidad de algunos casos. Es cierto que la inicial identificación de las Cooperativas de construcción de viviendas con los supuestos de casas baratas por razones sociales, ha sido sustituida por una divergencia cada vez mayor, que se manifiesta en dos regulaciones diferentes, la de cooperativas y la normativa sobre ayudas públicas a la construcción de viviendas sociales de protección oficial; pero ello no prueba que las Cooperativas deban excluirse de los beneficios, en razón de que se trata de un supuesto de autoconstrucción, no material, por los propios socios. La normativa fiscal sobre Cooperativas contribuye, además, a la especial consideración de las diferentes clases, que gozan de distinto tratamiento fiscal. No podemos olvidar que el actual fomento y desarrollo de las Cooperativas de viviendas, entre otras, cimentado en la propia Constitución, se realiza, en gran medida, a través de beneficios y exenciones fiscales, por lo que es un tema que debemos tener presente.

2.4. Las Cooperativas de viviendas en el Derecho comparado: Italia, Francia y Portugal.

Como hemos avanzado en el primer capítulo, y trataremos de hacerlo, en la medida de lo posible, a lo largo de toda la tesis, vamos a ofrecer resumidamente la situación de las Cooperativas de viviendas en otros ordenamientos jurídicos similares al nuestro –Italia, Francia y Portugal-, una vez excluidos aquellos que utilizan y regulan las Cooperativas

de viviendas de forma distinta, sin centrarse en la adjudicación de las viviendas en propiedad al socio, supuesto del que nosotros nos ocupamos especialmente, sobre la base de la necesaria delimitación del objeto de investigación.

En otros ordenamientos las Cooperativas de viviendas, como el resto de clases, son objeto de una regulación propia, generalmente reglamentaria, que contempla los aspectos específicos de las mismas, sin perjuicio de que todas ellas se sometan a las normas generales sobre Cooperativas. Así, en Italia, las Cooperativas de viviendas tienen su propia regulación en el TU de 28-11-1938, y a ellas se aplican también las normas cooperativas generales, tanto la Constitución de 1947 –art. 45- que plantea la función social de la cooperación, como el Decreto de 1947 –Ley Basevi- sobre cuestiones administrativas, y el Codice Civile de 1942 –art. 2511 a 2545- con relación a algunos aspectos estructurales y orgánicos de las Cooperativas en general. Las normas del TU de 1938 tienen alguna similitud, en su finalidad, con nuestra regulación inicial sobre casas baratas, actualmente relevada por la normativa de viviendas de protección oficial; aunque en el caso italiano, el texto también regula algunos aspectos de las Cooperativas de construcción, lo que no ocurre en nuestro ordenamiento porque la normativa administrativa de protección o subvención se desarrolla independientemente de la cooperativa. En Italia, dentro de las Cooperativas de construcción se distinguen las sujetas a contribución estatal, éstas a su vez populares y económicas⁶⁴, de las de

⁶⁴ ROEHRSSEN, G. “*Edilizia popolare de economica*”. Enciclopedia del Diritto vol. XIV. AG, Giuffrè editore, 1965, pág. 315. Este autor mantiene como regla o concepto general la de **construcción popular** como actividad de construcción de viviendas desarrollada por el Estado, directa o indirectamente, y que está destinada a satisfacer las exigencias de los menos acomodados. Directamente cuando la actividad de construcción queda a cargo del Estado, e indirectamente cuando es realizada por un tercero al que el Estado concede beneficios tributarios. Distingue la construcción popular de la de viviendas económicas, reguladas en el TU de 1938 y caracterizadas por los sujetos beneficiados y por la amplitud de las viviendas, esta última casi inutilizada por el cese de beneficios. Incluye, sin embargo, dentro de la construcción popular, la realizada a favor de determinados sujetos dependientes del Estado (ferrocarril, correos...). La construcción indirecta es la realizada por un tercero que, según el autor, puede ser de Derecho privado como las Cooperativas de construcción; pág. 316.

En la pág. 338, recoge los requisitos de **vivienda económica** (construida por determinados sujetos, higiénica y con un límite en el número de habitaciones). Esta modalidad, aunque no ha sido derogada, se ha dejado de utilizar.

construcción libre⁶⁵. Mientras las subvencionadas reúnen a determinadas categorías sociales, las libres tienen autonomía absoluta para formarse por los sujetos que prefieran. El TU de 1938 se refiere a las Cooperativas de construcción de viviendas subvencionadas, lo que no impide su aplicación a las Cooperativas de viviendas libres⁶⁶

También añade, que la regulación de vivienda económica ha sido utilizada, en ocasiones, para inspirar otros tipos mixtos entre la popular y la económica. Las viviendas populares, que con el paso del tiempo han sido las más utilizadas, también deben cumplir requisitos higiénicos, número de habitaciones, número de metros según las habitaciones, excluyéndose de su beneficio las obras no necesarias. Las viviendas popularísimas serían aquellas que presentan características inferiores a las de las populares.

⁶⁵BASSI, A: "*Commentario al Codice Civile*": art. 2511 y ss (delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici), diretto da Piero Schlesinger. AG Giuffrè editore, Milano 1988, pág. 93 y ss: "Si se exceptúa la hipótesis de la relación mutualística actuada por medio de contratos de arrendamiento, que presenta sus problemas, se deberá constatar que la adquisición de la propiedad de la vivienda de parte del socio se produce casi siempre a través de un procedimiento cuyas fases importantes están constituidas por reserva, asignación y fraccionamiento del préstamo de construcción. Este esquema ha cambiado de aquel que es normalmente seguido en el sector de las Cooperativas de construcción subvencionadas con contribución del Estado, sectores de confines inciertos que pueden escindirse a su vez en dos filones disciplinados en el TU de construcción popular y económica aprobado en 1938 y sus sucesivas modificaciones. Las diferencias entre el sector de Cooperativas de construcción privada y las Cooperativas de construcción con contribución estatal son múltiples, y sumadas son huidizas. Por lo que se refiere a nuestro argumento específico, debe recordarse que, según la opinión dominante, la **Cooperativa de construcción sujeta a contribución estatal**, que está reservada a las categorías sociales rigidamente prefijadas en las leyes, persigue finalidad pública, motivo por el que los márgenes de autonomía concernientes a la sociedad y a los socios son bastante reducidos, sino inexistentes, y los respectivos derechos y obligaciones descienden no del contrato sino directamente de la Ley. Una de las consecuencias de esto es que al socio no le pertenecen normalmente derechos subjetivos sino intereses legítimos, que tutela y sostiene la autoridad judicial ordinaria. En las **Cooperativas de construcción privada**, en cambio, existe un amplio margen de autonomía dentro del cual los socios son libres de modelar como mejor crean la realización de la relación mutualística."

Este mismo autor, ya en 1976, distinguía las Cooperativas de construcción subvencionadas de las de construcción libres, haciendo referencia al carácter de "autonomía privada, verdadero y propio servicio público" de las subvencionadas, frente al ámbito de la cooperación en general cuyas relaciones internas tienen naturaleza privatística. BASSI, A: "*Cooperazione e Mutualità*". Cedam, Milano 1976, pág. 10 a 13.

⁶⁶Aunque las Cooperativas de edificación libres no tienen una regulación concreta, a diferencia de lo que ocurre con las sujetas a contribución estatal, por lo que les serían aplicables las normas del Codice Civile, algunos autores mantienen la aplicación a las cooperativas de edificación en general de las normas sobre casas populares y económicas, siempre que sea posible: CODICE CIVILE a cura di Pietro Rescigno. AG. (Arts. 2511 a 2554: Donatella DI COLA). Pág. 2691: "No volvemos a la especie de cooperativa de edificación libre, que no disfruta de la subvenciones estatales y que se modelan según esquema del Codice Civile, pudiendo también tácitamente reenviarse a la legislación dictada para las Cooperativas subvencionadas, dentro de las materias no sustraídas a la disponibilidad de las partes o disciplinadas por otras normas. La Ley 22-10-1971/865 y la de 5-8-1978/457, modificada últimamente con la Ley 16-2-1992/179, en una acepción amplia de servicio público, reúne la especie en la categoría de las Cooperativas de edificación subvencionadas, a las cuales debe concurrir una efectiva consecución de la contribución... La disciplina especial de las Cooperativas de casas populares y económicas prevalece sobre la privatística también si se trata de cooperativas de edificación que no gozan de contribuciones estatales o de préstamos beneficiosos, dirigiéndose a la realización de intereses con connotaciones de una marcada relevancia social, constitucionalmente según el art. 45." BASSI también afirma lo anterior en base a la posibilidad de que los Estatutos de dichas Cooperativas se remitan a las normas del TU de 1938: BASSI, A: "*Commentario al Codice Civile*"... *cit*, pág. 93 y ss: "En la práctica, de todos modos se advierte siempre más frecuentemente que los estatutos de la Cooperativa de construcción privada reclaman, por todo, lo no expresamente previsto, la normativa del TU de la construcción popular y económica, en cuanto sea compatible."

MONTOLÍO, JM: "*Legislación cooperativa en la Comunidad Europea*". INFES, Madrid 1993. Pág. 352 y ss, opina que la normativa sobre cooperativas de construcción o edificación es dispersa, puesto que el TU de 1938 solo se refiere a las Cooperativas de construcción de viviendas populares o económicas. Por ello se aplicarán a

cuando así lo establezcan, a las que se aplican necesariamente las normas generales del Codice y Ley de 1947. El Codice Civile también se refiere a las Cooperativas de construcción con relación a la Ley aplicable⁶⁷, de las que afirma que estarán sujetas a las disposiciones del presente título, en cuanto sea compatible con las disposiciones de las leyes especiales, por lo cual su regulación se aplicará a las Cooperativas de construcción libre sino se remiten al TU, pero no a las subvencionadas que tienen su regulación específica. El ordenamiento italiano distingue las casas económicas, populares y de lujo en función y para la aplicación de los beneficios fiscales a las primeras⁶⁸. Dentro de la distinción entre Cooperativas subvencionadas y libres caben, en la actualidad, fenómenos intermedios⁶⁹.

Pese a esta regulación sectorial, en Italia sigue predominando la tendencia de “ordenar orgánica y uniformemente la institución cooperativa descuidando, así, las exigencias y

las Cooperativas de viviendas de otro tipo (libres o privadas) las normas generales del Código y el Decreto de 1947. La base de la distinción entre libres y protegidas radica en el goce de beneficios fiscales que, al igual que en nuestro país, se aplican en Italia, aunque en nuestro ordenamiento todas las Cooperativas de viviendas tienen los mismos, excepto que sean de protección oficial

⁶⁷ Art. 2517: “*Le società cooperative che esercitano il credito, le casse rurali di artigiani, le società cooperative per la costruzione e l'acquisto di case popolari di economie e le altre società cooperative regolate dalle leggi speciali sono soggette alle disposizioni del presente titolo, in quanto compatibili con le disposizioni delle leggi speciali*”. CODICE CIVILE E LEGGI COMPLEMENTARI. CEDAM, Padova 1993. Ello explica la inversión de fuentes en materia de Cooperativas de construcción o edificación, aplicándose primero la legislación especial y en su caso, supletoriamente, la general del Codice Civile.

El orden de prelación de fuentes de las Cooperativas en general, aplicable a las de viviendas sería, según MONTOLIO, JM: “*Legislación cooperativa en la Comunidad Europea*”... cit, pág. 321 y ss: 1. legislación especial de cada tipo cooperativo (en el supuesto de construcción de viviendas es el Texto Único de 1938 sobre viviendas populares y económicas, y algunas normas de importancia menor). 2. En defecto de lo anterior, las normas generales, el Código Civil y el Decreto de 1947. 3. Las disposiciones a las que se remiten las normas anteriores y el Ordenamiento en general. Todo ello sin olvidar la importancia que se otorga a los Estatutos de la Cooperativa como fuente. También se hace referencia a la “*vis atractiva*” de la regulación de la “*società per azioni*”.

⁶⁸ NAZZARO, C y PATERNOSTER, G: “*Le società cooperative*”. Pirola, Milano 1988, pág. 199 y ss.

⁶⁹ Es considerado por BASSI como “un conjunto monumental de disposiciones sobre la construcción de obras populares y económicas que sólo en una parte mínima se refieren a la cooperación de construcción como fenómeno de la autonomía privada. Son normas de financiación pública, creación y funcionamiento... Esta regulación ha hecho necesaria la introducción, en el lenguaje, ahora ya comúnmente aceptado de la distinción y de la contraposición entre una cooperación de construcción libre o privada y una cooperación de construcción de contribución junto a las cuales aparecen sin embargo los fenómenos intermedios no siempre de fácil encuadre.” BASSI, A: “*El derecho cooperativo en Italia*”. CIRLEC, Valencia 1990. BASSI, A: “*Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*”... cit.

expectativas de ciertos sectores, que también históricamente han reclamado su autonomía⁷⁰. Un reflejo de lo anterior es que la legislación general, el Codice Civile, se remite a las normas de la “società per azioni”, equivalente a nuestra SA, en conjunto, sin distinción, en lo que sea posible, por aplicación del artículo 2516⁷¹ Codice civile, lo cual es criticable porque ambas personas jurídicas son distintas en su funcionamiento⁷².

También puede resaltarse la diferencia de que, mientras en Italia la regulación exhaustiva se produce respecto de las Cooperativas subvencionadas, quedando las libres sujetas a la autonomía de la voluntad, en España todas las Cooperativas de viviendas gozan de una misma regulación y beneficios fiscales – lo que es interesante puesto que casi todas son supuestos de autoconstrucción-, y sólo las que cumplan determinados requisitos subjetivos se benefician de ayudas estatales de protección, sobre la base de una normativa distinta. No obstante, la regulación específica del TU de 1938 es

⁷⁰ DABORMIDA, Renato : “Derecho cooperativo europeo y ordenamiento comunitario : hacia la armonización o la uniformación de legislaciones en el seno de la CEE ?”. CIRIEC. Rev. Economía pública núm. 7, 1989, pág. 41.

VERRUCOLI se muestra a favor de la modificación de la regulación cooperativa contenida en el Codice Civile, y no de la elaboración de una ley de cooperación. Dicha modificación deberá tener en cuenta lo dicho antes, y partirá de una adecuada consciencia de las características peculiares de las Cooperativas, fijando el tipo y la noción de Cooperativa teniendo en cuenta : actividad, función social, fin, órganos sociales con posibilidad de simplificación según la amplitud de la cooperativa, obligatoriedad de afiliación a asociaciones cooperativas reconocidas, unificación la materia cooperativa en un solo ministerio: VERRUCOLI, P : “*Per una riforma della società cooperativa*”, Riv. Diritto commerciale 1974.1º, pág. 19.

⁷¹ Art. 2516 : “*Alle società cooperative si applicano in ogni caso le disposizioni riguardanti i conferimenti e le prestazioni accessorie, le assemblee, gli amministratori, i sindaci, i libri sociali, il bilancio e la liquidazione delle società per azioni, in quanto compatibili con le disposizioni seguenti e con quelle delle leggi speciali*”.

⁷² VERRUCOLI, P : “*Per una riforma della società cooperativa*”... cit, pág. 15. VERRUCOLI critica la legislación cooperativa que remite o aplica de forma mecánica las normas de la “società per azioni”, y el error del legislador que ha dado un esquema indiferenciado para todas las manifestaciones cooperativas sin distinguir las dimensiones de éstas; no se han tenido en cuenta los problemas propios de las distintas clases de cooperativas, puesto que algunas pueden desarrollarse de modo autónomo como la “edilizia di abitazione”, mientras que otras no. También BASSI opina de idéntica forma : BASSI, A : “*Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*”, Commentario al Codice Civile, diretto da Piero Schlesinger ... cit, pág. 357 y ss, en relación a los efectos de la adquisición de la ventaja mutualística sobre el régimen económico de los cónyuges, afirmando que “la doctrina es propensa a afrontarlo con un método casuístico teniendo en cuenta distintos sectores de la actividad cooperativa”. En pág. 391 y ss, en relación a la exigencia de requisitos personales a los socios, el autor afirma que el Codice Civile no dice nada al respecto (art. 2518) y ello por la variedad de Cooperativas, razón por la que es imposible enunciar una disciplina general.

especialmente interesante, no sólo su existencia, sino su contenido, al que haremos referencia a lo largo de la tesis, y del cual podría tomar alguna nota nuestro legislador.

También en Francia las Cooperativas tienen una regulación específica por sectores, que se une al Estatuto general de 1947, lo que en algún caso incluso puede considerarse como una regulación excesivamente fragmentada⁷³. Las Cooperativas quedan sometidas a las normas sobre sociedades mercantiles o civiles respecto a la forma constitutiva que adopten, y a las normas cooperativas respecto a las cuestiones esenciales, normas que son generales, como el citado Estatuto, y especiales, sobre las distintas clases de Cooperativas, entre otras, las de viviendas. Las cooperativas de viviendas se regulan en la Ley específica sobre construcción y viviendas “Code la construction et de l’habitation”, iniciada en 1967 y 1971 y sucesivamente modificada e incorporada en parte al Code Civil. La acción cooperativa en el sector de viviendas se admite y produce actualmente en dos ámbitos, las Cooperativas de construcción y las Sociedades Anónimas Cooperativas de producción de HLM. El sector de construcción puede ser para uso libre o de vivienda o mixto, vivienda y profesional. El de vivienda y el mixto, en el que intervienen, entre otros, las Cooperativas, se encuentra protegido por el legislador –especial protección del socio-, con normas especiales añadidas a las generales, a diferencia de la construcción para uso libre. A diferencia de lo anterior, en nuestro país,

⁷³ En Francia, junto a la regulación cooperativa general, existen normas específicas para cada sector. El sector que es objeto de análisis en nuestra tesis se regula en una Ley específica sobre construcción y viviendas : **Code de la construction et de l’habitation**. (también llamado HLM “habitation à loyer modéré” aunque no sólo contiene éstas), promulgado por Ley 71-579 de 16-7-1971 que ha sufrido diversas y posteriores modificaciones. Esta regulación cooperativa es, según algunos autores⁷³, la más fragmentada y compleja de Europa, puesto que el Estatuto no es general u orgánico. Pese a todo, ello no implica que no exista una unidad respecto de la institución cooperativa. MONTOLÍO, JM : “*Legislación cooperativa en la Comunidad Europea*”. INFES, Madrid 1993. Pág. 197 y ss. La diversidad de normas, Estatuto de la Cooperación, normas específicas por sectores y normas de sociedades aplicables a la forma y constitución de las Cooperativas, nos sitúa ante una dualidad, la sustancial cooperativa y la formal societaria. El aspecto cooperativo, esencial en toda sociedad de este tipo, se adaptará a la regulación específica del sector cooperativo correspondiente (viviendas, producción, trabajo...), así como a la general del Estatuto ; mientras que los aspectos formales se ajustarán a la norma de 1897 (de sociedades de capital variable), así como a las reglas societarias concretas, civiles o mercantiles, de la opción escogida. El Estatuto de 1947 establece el concepto general abstracto de la Cooperativa, que formalmente se verá adecuade-

el sector vivienda se protege en algunos casos en función de las circunstancias subjetivas de los beneficiarios de las ayudas; y el sector cooperativo en general goza de beneficios fiscales. Como ya hemos planteado en el primer capítulo, en el ordenamiento jurídico francés las Cooperativas de construcción pueden ser de dos tipos, de construcción-atribución, mediante la división en lotes, o de construcción-venta, que gozan de regulación específica en el Code de construcción; es destacable la regulación específica de las distintas clases de Cooperativas en el ordenamiento jurídico francés, su relación con cuestiones de Derecho civil en el que se incluyen y su distinción respecto de la forma que utilicen, lo que demuestra el avance mayor sobre esta materia.

El ordenamiento jurídico portugués se encuentra formado, también, por varias normas generales y especiales; una regulación general, incorporada a la Constitución de 1976, y al Código cooperativo, DL 454/1980 modificado posteriormente, además de un Estatuto Fiscal de las Cooperativas de 1980, junto a la cual coexiste una regulación específica por sectores. Las Cooperativas de viviendas se rigen por una norma especial, en defecto de la cual acuden a las normas generales citadas. Se trata de un Decreto Ley 218/1982, sobre Cooperativas de viviendas y construcción, que observa las dos posibilidades de adjudicación, en propiedad o en uso, que también se admiten en nuestro país. La protección fiscal que concede el legislador portugués es similar a la nuestra, con exenciones y beneficios fiscales para las Cooperativas, entre otras las de viviendas. Es interesante el tratamiento diversificado y la regulación específica de las distintas clases de Cooperativas, en concreto las de viviendas, y ello aunque el contenido de tal regulación no aporte demasiadas novedades con relación a nuestro ordenamiento.

por la regulación de sociedades mercantiles y civiles, y substantivamente según la clase de Cooperativa que se trate por la normativa particular de ésta.

Puede deducirse, tanto de la regulación actual de las Cooperativas como de la evolución histórica de las mismas, desde el punto de vista normativo y social, que las Cooperativas de viviendas, por sus características concretas, exigen un estudio especial y un tratamiento normativo distinto, como asociaciones de interés privado, y en base a su objeto, la construcción de inmuebles para uso propio, en orden a la aplicación de las propias normas cooperativas, conectadas con la normativa de Derecho civil. No proponemos una regulación legal exhaustiva, ni una independencia absoluta de las diferentes clases de Cooperativas, sino una aplicación e interpretación de las normas existentes teniendo en cuenta dicha especialidad, y remitiendo cada cuestión a la normativa que pueda y deba solucionarla, soluciones por las que ya han optado parcialmente otros ordenamientos. Incluso, en último caso, podría propugnarse que la Ley de Cooperativas hiciera alarde de su “ser” general, remitiendo los aspectos concretos de las diversas clases de Cooperativas a normas reglamentarias de desarrollo, por supuesto coherentes con la regulación privada que les afecta.

Nosotros, dentro de las Cooperativas de viviendas, núcleo indiscutible de la presente tesis, vamos a centrarnos en un aspecto básico de las mismas, y principal también en las Cooperativas en general, como es la realización de actividades o servicios cooperativos de la Cooperativa a favor del socio, esencia de la relación jurídica existente entre ambos, a través del cual llegaremos a definir ésta, como cuestión medular. Puesto que pretendemos desmenuzar y definir cuales son los distintos aspectos de la relación jurídica compleja que tiene lugar entre la Cooperativa y el socio, así como las relaciones de ambos con terceros ajenos, es preciso que estudiemos la base de dicha relación, la actividad o servicio cooperativo; y ello, porque la relación asociativa no plantea problemas teóricos de importancia en las Cooperativas de viviendas, y sólo presentan

dificultades aquellos matices esenciales y propiamente cooperativos que dan origen a la complejidad de las relaciones cooperativas internas entre la Cooperativa y el socio.

II. LOS SERVICIOS O ACTIVIDAD COOPERATIVA, especialmente la adjudicación de vivienda.

1. SITUACIÓN ACTUAL: LEY DE COOPERATIVAS DE 1999. Participación del socio en las actividades cooperativas, como derecho y deber de socios y Cooperativa; su situación dentro del régimen económico de la Cooperativa, en general y en particular en las Cooperativas de viviendas.

Como planteamos en el primer apartado, consideramos esencial centrar nuestro estudio en los aspectos teóricos más problemáticos y acuciantes del cooperativismo de viviendas en la actualidad. Concentrados de lleno en las Cooperativas de vivienda, vamos a analizar la cuestión nuclear de éstas como Cooperativas, la actividad o servicios cooperativos realizados con los socios.

Antes de sumergirnos en el estudio concreto de la adquisición de vivienda por el socio y la relación que surge entre él y la Cooperativa, debemos asentar las bases acerca del servicio cooperativo, su titularidad, entendido en la actualidad, tanto legal como doctrinalmente, como prestación no integrada en el capital social, resultante de la colaboración del socio en la actividad cooperativa. La actividad o servicio cooperativo es, en las Cooperativas, el objeto y fin de la persona jurídica, interés común de sus miembros, que se materializa en actividades determinadas, distintas según la clase de cooperativa, de viviendas, crédito, consumo... que revierten en los cooperativistas. Se configura como derecho y deber de los socios, y como elemento de importancia económica relevante, sin que se establezca claramente su situación respecto de la Cooperativa y el socio. Pese a algunas peculiaridades individuales, que citaremos, tanto la regulación de Derecho común como la autonómica, considera que lo aportado para la

actividad cooperativa es ajeno al capital social de la persona jurídica, y se encuentra sujeto a las condiciones estipuladas por ella. Los Tribunales no se han ocupado del tema, ya que es una cuestión de escasa relevancia práctica⁷⁴. Con relación a la actividad cooperativa, simplemente aplican la Ley o incluso aluden a su naturaleza⁷⁵; y al menos

⁷⁴ Si se distingue la aportación al capital social de la aportación a vivienda en la STS 27-1-1986 (Juris. Civ. 31), fundamentos de derecho octavo, noveno y décimo. Así, manifiesta que no integran el capital social y están sujetas a las condiciones contratadas con la sociedad, por lo cual pueden hipotecarse por la Cooperativa sin que ello sea dedicar los pagos a fines distintos, no cooperativos.

⁷⁵ El TS en algún supuesto, en que aplica el Reglamento de 1978 en consonancia con la Ley de 1974, muestra tímidamente el significado de esta atribución *"mediante cualquier título admitido en derecho"*. Así, en la STS 12-6-1982 (Juris. Civ. 285), fundamentos de derecho primero y segundo, en relación a la adjudicación de plazas de garaje a los socios, afirma en el primer considerando que *"la adquisición fue por título de compraventa"*, aunque se está refiriendo a instalaciones complementarias a la vivienda, al igual que ocurre con los locales comerciales que también son objeto de arrendamiento o venta. En el considerando quinto manifiesta la aplicación a las Cooperativas de viviendas del artículo 105 del Reglamento de 1978, y no de las normas sobre Cooperativas de consumo que mantienen que la entrega de bienes a los socios no son ventas. De todas formas, no está claro el título de adquisición, porque al margen de este supuesto en el resto de casos analizados este Tribunal considera producido un arrendamiento o contrato de obra entre el tercero que construye y el socio, sin definirse respecto de la adjudicación, por no ser el asunto planteado. Parece que la admisión de esta hipótesis: compraventa, sólo lo será en algunos casos, cuando no se refiere a las viviendas, o cuando se trata de viviendas de protección oficial, en las que se adoptan criterios especiales.

También hay un supuesto en que el Tribunal se refiere a la adjudicación, como negocio jurídico independiente celebrado entre la Cooperativa y el socio, que se documenta en la escritura pública de adjudicación: STS 25-5-1998 (Ar. 4066), fundamento de derecho quinto.

En otro caso, el TS admite que la adjudicación es el justo título por el que se adquiere la propiedad de la vivienda y tiene lugar en el momento en que las partes conciertan el objeto de ésta. STS 18-5-1992 (Ar. 4096), fundamento de derecho segundo. En este supuesto, el Tribunal manifiesta, respecto a la adquisición de vivienda por un socio cooperativo, que ésta se produce en el momento de incorporación del socio a la Cooperativa mediante el documento privado en el que se contiene la adquisición, haciendo referencia a una compraventa con precio aplazado (en este caso, el problema se plantea en relación a la sociedad de gananciales existente en el momento de ingreso de uno de los cónyuges en la Cooperativa y disuelta en el momento de entrega de la vivienda). En este caso, junto con otros temas, el TS ha manifestado, respecto a la adquisición de vivienda por un socio cooperativo, que ésta se produce en el momento de incorporación del socio a la Cooperativa por el documento privado que refleja la adquisición mediante una compraventa con precio aplazado. En relación a esta sentencia, BENAVENTE MOREDA, P. en su *"Comentario a la STS de 18-5-1992"*, en C.C.J.C. núm. 29, pág. 561, no considera asumible esta opinión del Tribunal, y mantiene la interpretación siguiente: La adquisición del inmueble se produce según la autora, en base al artículo 129.3º de la LGC, en el momento de adjudicación de la vivienda al socio, "la compraventa no se perfecciona hasta el momento de la adjudicación al socio cooperativista". Durante el periodo de tiempo comprendido entre el contrato privado y la escritura pública la Cooperativa es la propietaria del inmueble, mientras que el socio tiene un *"derecho genérico a la atribución de vivienda por su adhesión a la Cooperativa"*. No se trata, según manifestación expresa de la autora, de una compraventa con precio aplazado, ni tampoco de una venta con reserva de dominio, "lo que se perfecciona vigente la sociedad de gananciales (momento de adhesión a la cooperativa) no es un contrato de compraventa. Ni tan siquiera podemos decir que se tratase de una venta con reserva de dominio, porque si bien la reserva de dominio existió, no así la venta, sino simplemente una adhesión a una Cooperativa como socio, que en modo alguno puede calificarse como compraventa".

No estamos de acuerdo con la autora por las siguientes razones: 1. La Cooperativa no es propietaria de lo aportado para obtener las viviendas. 2. La adquisición de la propiedad de las viviendas se produce en el momento de entrega de las mismas y no antes. 3. El documento privado en el que las partes consintieron en el intercambio de cosa determinada o determinable por precio cierto puede considerarse fruto de una adhesión a una Cooperativa. La adjudicación de la vivienda al socio, adjudicación reflejada en el contrato de adjudicación, tiene como consecuencia la adquisición de la propiedad del inmueble por el cooperativista. Debe admitirse la existencia de una adjudicación perfecta, sin ejecutar, en documento privado. La ejecución y producción de efectos del contrato

hasta ahora la actividad cooperativa está presente en muchos de los casos, aunque de forma indirecta, como los de insuficiente participación en dichas actividades cooperativas, que da lugar a la expulsión⁷⁶, y en general en casi todos los supuestos que se han planteado ante los Tribunales en los últimos veinte años, a excepción de aquellos que se refieren a cuestiones puramente formales de funcionamiento u organización de la sociedad. Así, en materia de Cooperativas de viviendas, el asunto objeto de litigio suele ser generalmente la vivienda, su adjudicación, los criterios utilizados, el pago de la misma, los vicios ocultos o la ruina sobrevenida.

Tampoco la doctrina se refiere a ello excesivamente, salvo en aquellos casos en que se plantea como fruto y base de la especial relación jurídica entre la Cooperativa y el socio, a cuyo análisis se incorpora. Con relación a la Ley de 1974, algunos autores, como CHULIÁ⁷⁷, manifestaban su opinión favorable a que la Ley clarifique si las entregas del socio para la obtención de la actividad cooperativa, además de no estar incluidas en el capital social, no ingresan en el patrimonio cooperativo, y continúan siendo propiedad del socio. Afirma también este autor que la participación del socio en los servicios y actividades cooperativas son propiedad de éste, aunque se encuentren en poder de la Cooperativa, destacando las consecuencias que se producen sobre los excedentes de

se reserva para un momento posterior, cuando se transmite la propiedad del inmueble, aunque las partes obligadas comienzan a cumplir antes : pago de parte del precio, comienzo de la construcción.

⁷⁶En ocasiones, por problemas relativos a la aportación, al impago del socio de la misma, admitida en STS 21-I-1983 (Juris. Civ. 24), considerando segundo, 16-12-1986 (Juris. Civ. 762).

⁷⁷VICENT CHULIÁ, F : *"El régimen económico de la cooperativa en la nueva Ley de 19 de diciembre de 1974"*. REVESCO, UCM, Madrid, 1974. núm. 36, 37 y 38 (monográfico a la Ley de 1974), pág. 164. *"Es evidente que esta cuestión tan importante debería haber sido aclarada en la nueva Ley, pues se trata de una cuestión de indudables consecuencias prácticas. En efecto, si las entregas no ingresan en patrimonio de la cooperativa (...) sino que siguen siendo propiedad del socio, la cooperativa las vende, con previa transformación o sin ella, por cuenta y riesgo de su propietario"*. Además, recuerda el autor que los Reglamentos de 1943 y 1971 manifestaban que las entregas de los socios eran propiedad de éstos. En la pág. 158 de este artículo, **el autor distingue claramente entre el capital social, el patrimonio social y la masa de gestión económica de la Cooperativa, y es en esta última donde se integran las entregas de los socios para la obtención de servicios cooperativos, como la vivienda.**

ejercicio cooperativo o retornos⁷⁸. FAJARDO GARCÍA⁷⁹ parte de la opinión de CHULIÁ⁸⁰ respecto de la llamada “masa de gestión económica”, o lo que es lo mismo, lo aportado por el socio para la obtención de los servicios cooperativos, en general y en las Cooperativas de viviendas, es propiedad del socio, y no de la Cooperativa, que actúa como mero gestor, y simplemente adjudica la vivienda. Es importante señalar como realidad en nuestro ordenamiento⁸¹, de la cual partimos, que la aportación del socio para obtener la vivienda no integra el capital ni el patrimonio social, distinguiéndose en la actuación de la Cooperativa, los resultados positivos y negativos en este sentido (excedentes y pérdidas para los socios) de los beneficios obtenidos en la relación con los terceros, que acrecen el patrimonio cooperativo y son irrepartibles. Esta conclusión se deduce de la interpretación literal de las normas cooperativas, y de la evolución histórica de dicha institución. Antes de plantear el estudio de la compleja e indefinida relación

⁷⁸ Así VICENT CHULIÁ en PAZ CANALEJO, N; VICENT CHULIÁ, F: “Comentarios a la Ley General de Cooperativas”: dirigidos por M. ALBALADEJO y F. SÁNCHEZ CALERO, art. 67 y ss., tomo XX, vol. 3°. Edersa, Madrid 1994, pág. 306. Cita el autor, casi textualmente, la opinión de LLOBREGAT HURTADO, ML.: “Mutualidad y empresas cooperativas”. Bosch, Barcelona 1991, pág. 139 y ss y 418 a 438, ya citadas por VICENT CHULIÁ en su recensión a la obra de Llobregat Hurtado, en RGD 571/1992, Valencia, pág. 3031 a 3039. Manifiesta la autora citada, en la pág. 438, que los excedentes de ejercicio, que en concepto de retorno se entregan a los socios, son “ficticios” y ello en base a que no integran el patrimonio de la Cooperativa “*deberían tener por tanto la condición de préstamo realizado por los socios a la Cooperativa en espera de que esta última determine contablemente el coste exacto del servicio*”. **en la relación entre el retorno y la aportación a los servicios sociales**, la autora mantiene en las últimas páginas de su obra que “*las cantidades retornables o las cantidades que los socios dejan de abonar a priori son substancialmente las mismas, sólo cambia el momento en que se satisface su importe a los socios. Y precisamente esta diversidad temporal es lo que hace de los retornos cifras de valor que no entran a formar parte del patrimonio de la cooperativa y que por ello deben ser restituidas a los socios, que las abonaron de más o percibieron de menos*”. Esta interpretación se acompaña de una visión, en las pág. 139 y ss, de las Cooperativas como empresa de gestión de servicios. Esta denominación y su contenido se asimila a la visión doctrinal de la teoría de la representación indirecta, por lo que deberá ser analizada más en profundidad, o aportada como favorable a esta opinión.

⁷⁹ FAJARDO GARCÍA, G: “La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios”. Tecnos, Madrid 1997, pág. 83 y ss en las Cooperativas en general, y 93 y siguientes en las de viviendas, manifestándose a favor del negocio jurídico de adjudicación, y de la copropiedad de los socios sobre la masa de gestión.

⁸⁰ VICENT CHULIÁ, V es precursor del término en “El régimen económico de la Cooperativa en la Ley de 19-12-1974”. REVERSCO núm. 36-38 (monográfico a la Ley 1974), pág. 162.

⁸¹ FAJARDO GARCÍA, G: “La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios”.. *cit.* Así lo afirma y desarrolla esta autora en la pág. 30, al tratar la función del capital social en las Cooperativas, a diferencia de su función en las sociedades de capital. Llega a la conclusión de que el capital social en la Cooperativa “*sólo cumple la función empresarial o de productividad, pero con menor relevancia incluso que en las sociedades mercantiles. Por tanto, no cumple una función de ordenación de las estructuras financieras, orgánica y corporativa, ni una función de garantía en beneficio de los acreedores.*” La función empresarial se produce por el beneficio obtenido en la actividad con terceros, que ingresa en el patrimonio cooperativo.

jurídica entre la Cooperativa y el socio, y como introducción a ella, vamos a resumir lo que en la actualidad se entiende como servicio cooperativo y la aportación al mismo, y su evolución⁸².

La Ley de Cooperativas actual, 27/1999, mantiene, en líneas generales, los términos de la LGC de 1987, respecto de la actividad cooperativa, en general, y las viviendas en particular. Desde el Proyecto inicial de 1997, expresa que los servicios o actividad cooperativa⁸³, esencia de la figura Cooperativa, “*no integran el capital social y están sujetos a las condiciones fijadas y contratadas con la Sociedad Cooperativa*”. Esta materia no es objeto de ninguna enmienda, por lo que resuelve en idénticos términos en el texto aprobado. Con ello se admite que la propiedad de lo aportado para la construcción de las viviendas pertenece a los socios y no ingresa en el patrimonio cooperativo. Los socios gozan de la posibilidad de reembolso de dichas cantidades en caso de baja –art. 89.5⁸⁴– y del derecho al retorno –art. 58.4. Como dispone el art. 89 de la Ley, en materia de viviendas, la actividad cooperativa se centra en: procurar viviendas

⁸² En relación al Derecho Comunitario, el Proyecto de Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea no hace referencia a esta cuestión, probablemente porque es un tema que en otros países de la Comunidad no se tiene en cuenta, al ingresar las aportaciones a los servicios cooperativos en el patrimonio social, transmitiéndolos la Cooperativa a los socios, de forma similar a lo que ocurre en el resto de sociedades, a las que se equiparan, o de las que toman su forma, como veremos más adelante.

Así ocurre en Italia, en que la propiedad de las viviendas corresponde a la Cooperativa, que las transmite a los socios. Las Cooperativas de propiedad individual “*tienden sin duda a la adquisición de la propiedad de la vivienda por los socios a través de un procedimiento en el que en la primera fase la propiedad pertenece a la asociación*” a diferencia de las de propiedad indivisa: ROEHRSEN, G: “*Edilizia popolare de economica*”, Enciclopedia del Diritto... cit, pág. 343. BASSI cita como problema importante en dichas Cooperativas de propiedad individual: la tipicidad o no de los contratos de cambio entre la Cooperativa y sus socios: BASSI, A: “*Cooperazione e Mutualità*”, Cedam, Milano 1976, pág. 117 y ss.

También en Francia, las Cooperativas de construcción-venta implican la transmisión de la vivienda de la Cooperativa al socio, salvo que un tercero se encargue de la construcción, en cuyo caso se trata de una promoción inmobiliaria (contrato mixto surgido de la combinación entre el arrendamiento de obra y mandato); mientras que las de construcción-atribución distribuyen entre sus socios las viviendas, conforme a los lotes de éstos, salvo si se acude a la construcción por un tercero o por el representante legal o estatutario, en cuyo caso también se acudiría a la promoción inmobiliaria.

⁸³ Según dispone el art. 52.3 L.C., en términos idénticos a los del artículo 81.3 de la LGC. Este tema y sus consecuencias, especialmente en materia de viviendas, desarrollados en el segundo, tercer y cuarto capítulo de la tesis, no sufren ninguna modificación respecto de la LGC anterior.

⁸⁴ Dicho artículo se relaciona con el 51.3, que si es objeto de enmiendas en el Senado –no son aceptadas–.

y/o locales y la adjudicación de los mismos mediante cualquier título admitido en Derecho. El fin de la presente tesis es llegar a averiguar, en las Cooperativas de viviendas, el alcance de esta actividad o servicio cooperativo⁸⁵, la entrega de vivienda al socio.

La importancia del servicio o actividad cooperativa es entendida como obligación y derecho del socio⁸⁶, según disponen los artículos 15 y 16, que recuperan su condición de derecho en el texto aprobado por el Congreso, gracias a las enmiendas⁸⁷ planteadas al Proyecto inicial. Así, se incluye la participación en la actividad cooperativa, omitida en el Proyecto de Ley inicial, como derecho del socio, y también se desarrolla con más detenimiento el derecho de información, completado en el Senado. La influencia de la actividad cooperativa sobre algunos asuntos cooperativos cesa en la Ley actual, como son los casos citados de la expulsión del socio –por falta de participación en el art. 41 LGC-, y la referencia a la misma en el concepto de Cooperativa –incluida en el art. 1 LGC-; manteniéndose su referencia genérica en los Estatutos, como objeto social, y su influencia sobre el cálculo del retorno, a los que se añade la que afecta al derecho de voto.

⁸⁵ Actividad cooperativa de carácter interno aunque provenga de la transformación de productos suministrados por terceros, siempre que se destine exclusivamente a los socios, como se deduce de la disposición adicional quinta, apartado cuarto LC –art. 156.2 LGC- que se refiere a ella en tal sentido en las Cooperativas agrarias, y que puede interpretarse también como aplicable al resto de Cooperativas.

⁸⁶ Ello aunque el Proyecto inicial planteaba su consideración como obligación, en el artículo 15: “*la participación en las actividades cooperativas*”, pero no como derecho en el 16. También se incluye desde el Proyecto inicial como contenido estatutario del art. 11.

⁸⁷ Enmiendas relativas al derecho de información núm. 148 de C. Canaria, 376 del G. Socialista, y transaccionales a la 294 del G. Popular y 100 de IU. En la transaccional se incluye el derecho a la participación cooperativa, pese a que no se plantea por ningún grupo parlamentario. En el Senado se plantean enmiendas a las obligaciones del socio –asistencia a reuniones y participación en formación- que no son objeto de aceptación. En relación al derecho de información, si se aceptan enmiendas –38 y 39- que completan la redacción aprobada por el Congreso.

En términos similares se pronuncian las normas de las CCAA que regulan la materia⁸⁸, considerando la participación del socio en los servicios cooperativos, sea vivienda u otro, como derecho y deber en todo caso, y al margen de las aportaciones al capital social. Así

⁸⁸ La Ley 2/1999 de 31 de marzo de Sociedades Cooperativas andaluzas, en su artículo 86. 2, establece que no integran el capital social los pagos para la obtención de servicios cooperativos, y quedan sujetos a las condiciones fijadas y contratadas con la Cooperativa; y el 133.3, en materia de viviendas, novedosamente no habla de adjudicación sino de transmisión de la propiedad de las mismas, o de cesión de uso con “*retención de la propiedad por la Cooperativa*”, por lo que parece creer que es esta la propietaria que transmite. Es la única norma autonómica que adopta este criterio.

Más escueta que la Ley General es la Ley Foral 12/1996 de 2 de julio de Cooperativas de Navarra, al referirse, en el artículo 44.8, a los pagos para la obtención de los servicios de la Cooperativa, de los que afirma únicamente que no integran el capital social. En materia de adjudicación de la propiedad de las viviendas, el artículo 65. 3 es similar al 129 de la Ley General. Bastante parecido al art. 81.2 LGC es el 59.3 de la Ley 1/1992 de 10 de febrero de Cooperativas de Cataluña. Por su parte, el art. 95.6 del mismo texto dispone que la propiedad de las viviendas construidas en régimen de cooperativa puede adjudicarse mediante cualquier título admitido en Derecho. En iguales términos se pronuncia la Ley 2/1988 de 26 de marzo de Sociedades Cooperativas de Extremadura. En su artículo 58. 2 dispone que los fondos para la gestión cooperativa o para los servicios cooperativos no integran el capital social, y están sometidos a las condiciones fijadas o contratadas por la sociedad cooperativa. En materia de adjudicación de las viviendas, el art. 134. 3 es idéntico al 89 de la L.C. En el mismo sentido que la Ley anterior, la Ley 9/1998 de 22 de diciembre de Cooperativas de Aragón, en su artículo 55.2, en relación a los pagos para servicios cooperativos, aunque sin embargo, con diferencias respecto a la adjudicación en propiedad o uso “*mediante cualquier título legal*”, art. 84.5.

Más claramente se manifiesta la Ley 4/1993 de 24 de junio de Cooperativas del País Vasco, que afirma, respecto a los pagos para la obtención de servicios cooperativos, que no integran el capital social ni el patrimonio cooperativo, ni pueden ser embargados por los acreedores sociales, aunque están sujetos a las condiciones fijadas y contratadas con la cooperativa. Así se expresa su artículo 65.3: “*La entrega por los socios de cualquier tipo de bienes o la prestación de servicios para la gestión cooperativa, y en general los pagos para la obtención de los servicios cooperativos, no integran el capital social y están sujetos a las condiciones fijadas y contratadas con la Cooperativa. Aquellas entregas no integran el patrimonio de la Cooperativa, no pudiendo ser embargadas por los acreedores sociales.*” La adjudicación de las viviendas, como servicio cooperativo prestado al socio, se produce por cualquier título admitido en Derecho: “*Art. 114.3. La propiedad o el uso y disfrute, habitual o por temporadas, de viviendas y locales podrán ser adjudicados o cedidos a los socios mediante cualquier título admitido en Derecho.*” En términos idénticos, se expresa la Ley 5/1998 de 18 de diciembre de Cooperativas de Galicia en los artículos 65.3 relativo a las aportaciones, que no integran el capital social ni el patrimonio cooperativo, y pueden ser embargables por acreedores sociales, e idéntico a la redacción de la L.C es el art. 120.

Un poco más allá se sitúa el Texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, D. 1/1998 de 23 de junio, al considerar, que las aportaciones para la obtención de los servicios cooperativos no integran el capital social, ni tampoco el patrimonio cooperativo, salvo que los Estatutos establezcan otra cosa, siendo embargables por los acreedores personales de los socios. El artículo que lo recoge es el 56. 2: “*Art. 56. 2. Los bienes o fondos entregados por los socios para la gestión cooperativa o la utilización de sus servicios, no constituyen aportaciones sociales, ni tampoco integran el patrimonio cooperativo, salvo que estatutariamente se establezca lo contrario; por lo que son susceptibles de embargo por los acreedores personales de los socios, dejando a salvo los preferentes derechos que pudieran corresponder a la cooperativa*”. Además, con una redacción diferente del resto de normas cooperativas, afirma, en su artículo 81.1, que “*las viviendas serán adjudicadas en propiedad a cada socio en régimen de propiedad horizontal, o bien se mantendrá la administración de la comunidad en régimen de cooperativa o por cualquier otro título*”, sin perjuicio de la posible cesión del uso de las mismas en régimen de arrendamiento conservando la Cooperativa la propiedad de las viviendas.

La Ley 4/1999 de 30-3 de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, en su artículo 57.2, se refiere a los pagos para la obtención de servicios cooperativos en sentido similar a la Ley valenciana: “*no constituyen aportaciones al capital, ni tampoco integran el patrimonio cooperativo, salvo que estatutariamente se establezca lo contrario, por lo que son embargables por los acreedores personales de los socios, dejando a salvo los preferentes derechos que pudieran corresponder a la Cooperativa*.” En relación a la adjudicación de vivienda, el art. 114.3 se refiere a ella mediante cualquier título admitido en derecho, haciendo referencia al uso habitual y permanente.

lo mantienen, Navarra, Cataluña, Andalucía, Extremadura y Aragón; mientras que el País Vasco, Galicia y Valencia manifiestan una independencia mayor de las aportaciones para vivienda respecto del capital y patrimonio cooperativo.

Los términos de las diferentes regulaciones, Ley estatal y Leyes de las CCAA, pueden interpretarse en el sentido de que lo aportado para la construcción de las viviendas no ingresa en el capital ni el patrimonio cooperativo. La Cooperativa no adquiere en ningún momento la propiedad de las viviendas, aunque es ella quien las adjudica al socio. Sin embargo, no se conoce lo que debe entenderse por “adjudicación”, ni tampoco en base a que título, ni quien transmite la propiedad de las viviendas, ni cuales son las relaciones jurídicas existentes entre los sujetos que intervienen.

La doctrina que se ha ocupado del tema es favorable a la exclusión de los servicios cooperativos del capital y patrimonio cooperativo⁸⁹. Además, algún autor⁹⁰ afirma que, en relación con las obligaciones de los socios, la cuantía mínima obligatoria de participación en las actividades cooperativas tiene que estar determinada o ser determinable en los Estatutos. Los socios pueden ser exonerados de la obligatoriedad de dicha cuantía, aunque no de forma indefinida en opinión del autor. Con relación a los

en conexión con el supuesto de “aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles” (regulado por Ley 42/1998 de 15-12).

⁸⁹ Ver notas 77, 78 y 79.

⁹⁰ PAZ CANALEJO, N en PAZ CANALEJO, N; VICENT CHULIÀ, F: “Comentarios a la Ley General de Cooperativas”: dirigidos por M. ALBALADEJO y F. SÁNCHEZ CALERO, art. 29 y ss., tomo XX, vol. 2º. Edersa, Madrid 1990, pág. 123. “1) La doctrina del acto debido (de la sociedad al socio) por lo que, en rigor no puede hablarse de un contrato (de compra, de suministro, de trabajo, de crédito, de seguro, etc.; según la clase de Cooperativa), pues falta la contraposición de intereses entre las partes y el acto o relación que debe desarrollarse institucionalmente en interés del socio (VERRUKOLI); 2) La teoría del acto cooperativo, construida - por oposición al acto de comercio - por la doctrina iberoamericana y plasmada, entre otras, en las Leyes brasileña y argentina, y de la que me he ocupado en más de una ocasión; 3) Finalmente, la tesis - que en realidad es una matización de la primera - de la interposición gestora, tomada de PUGLIATI, según la cual la Cooperativa contrata con terceros en nombre propio, pero siempre en interés de los socios, suprimiendo el intermediario; sería un supuesto de representación indirecta análogo al que contemplan los artículos 1717 del CC y 246 del C de c (comisionista que no declara quién es el comitente). Juridicamente esta última explicación parece la más depurada y fecunda en consecuencias”. PAZ CANALEJO, N. en PAZ CANALEJO, N; VICENT CHULIÀ, F: “Comentarios a la Ley General de Cooperativas”: XX, vol. 2º... cit., pág. 148 y ss.

derechos de los socios, en concreto el derecho a la gestión de servicios, resume los tres argumentos teóricos que la doctrina ha aportado respecto a la relación jurídica subyacente en el derecho del socio a percibir la gestión de servicio o participación en la actividad cooperativizada, la calificación como acto debido, acto cooperativo o interposición gestora, y se manifiesta a favor de esta última. También estima que el derecho de participación en la actividad de la Cooperativa nace de forma simultánea o inmediata a la condición de socio. Todos estos temas serán analizados más detenidamente en el apartado III, dedicado al análisis de las citadas teorías existentes en orden a la relación entre la Cooperativa y el socio, y en capítulo tercero de la tesis.

2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA: La actividad cooperativa como derecho y deber de los socios y prestación económica a la Cooperativa, en general y especialmente en las Cooperativas de viviendas.

La evolución legislativa histórica de las cuestiones citadas nos sitúa ante una realidad originariamente peculiar, en la que en origen se expresa claramente que las aportaciones a los servicios cooperativos no dejan de ser propiedad del socio en ningún momento, aunque se sometan a las condiciones fijadas por la Cooperativa, realidad que va evolucionando hacia la indefinición, desde el punto de vista literal, respecto de quien es propietario de ellas.

La distinción entre las aportaciones al capital social y otras distintas no incluibles en éste vio la luz por primera vez con el Reglamento de cooperativas 11-11-1943, ya que ni la Ley de 1931 ni la de 1942 se referían a ello. El Reglamento no hacía ninguna referencia a la diversidad de aportaciones en las Cooperativas de viviendas, pero sí se refería a aquéllas en las normas generales. Así, se distinguen aportaciones obligatorias y voluntarias al capital y aportaciones para la obtención de servicios sociales⁹¹. El régimen

⁹¹ "Art. 11. Las aportaciones que hagan los socios a las Cooperativas y que entren a formar parte del capital social, podrán ser obligatorias y voluntarias. Las obligatorias... pudiendo hacerse la transmisión, bien en plena

económico de la Cooperativa era muy distinto del actual, ya que las aportaciones a la Cooperativa permanecían en muchos casos en manos de los cooperativistas. Los pagos aportados por el socio para la adquisición del servicio cooperativo, la vivienda, son considerados aportaciones a servicios sociales, pero el socio sigue conservando su propiedad en todo momento. No se hace referencia en este Reglamento a las Cooperativas de viviendas, y por ello no hay normas específicas sobre la adjudicación de la vivienda al cooperativista. En la actualidad se entiende que las aportaciones para la obtención de la vivienda “se transmiten” aparentemente como pago a cuenta, pero no forman parte del capital social de la Cooperativa, ni ésta adquiere su propiedad. Aunque parece que la Cooperativa “transfiere” la propiedad de la vivienda en el momento de entrega a los socios, no es exactamente esto lo que ocurre.

También el Reglamento de 1971 se refiere, de forma general, a los distintos tipos de aportaciones de los socios a la Cooperativa -artículo 10 y ss-, obligatorias y voluntarias al capital social, que se incorporan a él, recibiendo los socios en contrapartida títulos nominativos que expresan su participación en el capital social, y otras para la obtención de servicios sociales -artículo 16- que son propiedad del socio, aunque como forma de utilización por éste de los servicios de la Cooperativa quedan sujetos a las condiciones fijadas por la Sociedad⁹², que tiene derechos preferentes sobre estas cantidades con

*y definitiva propiedad a la Cooperativa, o bien conservando el asociado la titularidad de las mismas. En el primer caso se denominarán a capital cedido... en el segundo a capital retenido... las aportaciones voluntarias pueden realizarse con fines de garantía o de responsabilidad, conservando el asociado su propiedad... Art. 12: Las imposiciones de fondo, las entregas de productos o materias primas para la gestión cooperativa, y, en general, **las aportaciones para la obtención de servicios sociales, constituyen siempre una propiedad del socio** y es una forma de la utilización por éste de dichos servicios, sujetos, sin embargo, a las condiciones fijadas o contratadas por la sociedad; pueden transmitirse y son embargables por los acreedores personales de los asociados, dejando a salvo los derechos de indemnización y reintegro que pudiera corresponder a la cooperativa”*

⁹² “Art. 16: las entregas para fondos, productos o materias primas para la gestión cooperativa y, en general, **las aportaciones para la obtención de servicios sociales, constituyen siempre una propiedad del socio** y es una forma de la utilización por éste de dichos servicios, sujetos, sin embargo, a las condiciones fijadas o contratadas con la Sociedad; pueden transmitirse y son embargables por los acreedores personales de los asociados, dejando a salvo los preferentes derechos que pudieran corresponder a la Cooperativa”.

relación a los acreedores de los socios, sin que se especifique cuales son estos derechos, y si pueden ejercitarse también frente a los socios.

La Ley de 1974 expone el mismo esquema visto en el Reglamento de 1971, aunque de forma más escueta, manteniendo el sistema de aportaciones económicas voluntarias y obligatorias dentro del capital social, y las entregas y pagos para la obtención de servicios cooperativos, de las que dice, simplemente, que no integran el capital social – artículo 13-. Desaparece la expresión, “son propiedad del socio”, presente hasta entonces. Es en este preciso momento cuando el legislador se ocupa de recoger un listado de obligaciones y derechos de los socios entre los que incluye la participación del socio en las actividades cooperativas. Hasta entonces no había existido un catálogo de derechos y deberes en ninguna Ley de Cooperativas, debido lógicamente a las circunstancias políticas. La participación en las actividades y servicios cooperativos se incluye dentro las obligaciones -10. 1º b-. Los derechos, nominalmente citados en el artículo 10, no se desarrollan⁹³, por lo que habrá que esperar al Reglamento de 1978, que si lo hace.

Será el Reglamento de 1978 el que, además de la regulación de pagos para la obtención de servicios cooperativos al margen de las aportaciones al capital social, desarrolle por vez primera y de forma expresa los derechos de los socios, en el artículo 22, entre los

⁹³ Respecto a la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley presentado en enero de 1974 (Archivo del Congreso de los Diputados, legajo 1319) la redacción del artículo 10.1.b. era muy similar a la definitiva, mientras que el apartado 3º del artículo 13 no contemplaba la cuestión de la aportación a servicios cooperativos en el régimen económico de la Cooperativa. En la relación de enmiendas al Proyecto de 1974 (Archivo del Congreso de los Diputados, legajo 1321, relativas a los artículos 10 y 13 citados), no se aporta ninguna idea interesante al respecto (el art. 13.3º no responde al texto definitivo). Sólo resaltar que, respecto al artículo 10.1.b., la cuestión más discutida es la que se refiere a la limitación o no de dicho deber de aportación en términos tales como “suficientemente, diligentemente, según los Estatutos, íntegramente”. Tampoco la discusión de dichas enmiendas en las sesiones de 25 y 30 de octubre de 1974 añadió nada especial. Es preciso señalar que la redacción definitiva del art. 13.3º fue establecida en el Dictamen de la Comisión de Trabajo de 26-11-1974.

cuales se incluye la participación en las actividades y servicios de las Cooperativas⁹⁴. Este derecho conlleva también una obligación para el socio - artículo 21.b-⁹⁵. En el capítulo relativo al capital social se tratan las entregas y pagos para la obtención de servicios sociales de forma similar a la de la LC actual, sin integrar el capital social, sujetos a las condiciones determinadas por la Cooperativa, y afectadas por los acreedores personales de los socios salvo los derechos preferentes de la Cooperativa - artículo 38⁹⁶.

Con relación a las Cooperativas de viviendas, se incluye, como innovación respecto a la actividad cooperativa en ellas, la adjudicación o cesión del uso o disfrute de la vivienda a los socios “*mediante cualquier título admitido en derecho*”; y se ofrece la posibilidad de que la Cooperativa retenga la propiedad, o la adjudique a los socios -artículo 105-. Además, se remite a los Estatutos o a la Asamblea General el establecimiento del sistema de adjudicación. La regla que debe destacarse es la que contempla la adjudicación o cesión, de la propiedad o el uso, mediante cualquier título admitido en derecho, tal y como se mantiene en la LGC y en la LC actual. Esta afirmación es básica en materia de Cooperativas de viviendas, como reflejo de la actividad cooperativa; y la interpretación de la misma permitirá la admisión de una u otra visión respecto de las relaciones jurídicas que surgen entre la Cooperativa y el socio.

⁹⁴ “Art. 22 **derechos de los socios**. 1. Los socios tendrán derecho a: e) Participar en las actividades y servicios de las Cooperativas y con carácter preferente en las acciones emprendidas con cargo al Fondo de Educación y obras sociales.”

⁹⁵ “Art. 21. **obligaciones de los socios**. Los socios estarán obligados a: b) Participar en las actividades y servicios cooperativos en los términos previstos en los Estatutos y desarrollados en los acuerdos válidamente adoptados por los órganos de gobierno.” Al igual que en la redacción de la LGC, se contempla esta participación como derecho y deber correlativo.

⁹⁶ “Art. 38: Las entregas de fondos, productos o materias primas para la gestión cooperativa y, en general, los pagos para la obtención de los servicios cooperativos no integran el capital social, son una forma de utilización por el socio de dichos servicios y están sujetos a las condiciones fijadas o contratadas con la Sociedad; pueden transmitirse y son embargables por los acreedores personales de los socios, dejando a salvo los preferentes derechos que pudieran corresponder a la Cooperativa.”

También deben citarse, como parte de la evolución histórica, los Proyectos anteriores a la LGC de 1987, pese a que no aportan nada nuevo sobre el tema referido, la naturaleza de los servicios cooperativos; así el de 1980⁹⁷, y el Proyecto de 1985⁹⁸, antecedente inmediato de la LGC de 1987, que no presenta apenas diferencias respecto de la regulación de ésta y la actual en materia de adjudicación de la vivienda al socio -artículo 128.3º LGC-. El sistema de aportaciones es similar al del Reglamento de 1978.

La Ley General de Cooperativas se ocupa de la participación del socio en las actividades cooperativas en algunos artículos dispersos en las normas generales, sin perjuicio de su concreción en los diversos tipos de Cooperativas. Así, es elemento del concepto de Cooperativa⁹⁹ -artículo 1º-, del contenido mínimo de los Estatutos -artículo 12¹⁰⁰-, de los derechos y obligaciones de los socios -artículos 34 y 35¹⁰¹-, y se entiende como

⁹⁷ Mantuvo el esquema del Reglamento de 1978 con relación a las aportaciones económicas para la obtención de servicios cooperativos. La obligatoriedad de participación en dichas actividades, objeto de la Cooperativa, y el derecho a la utilización de los servicios cooperativos se contienen en los artículos 21 y 23. También se tratan las aportaciones obligatorias y voluntarias al capital social -artículo 50-, y los pagos por servicios cooperativos no integrados en el capital social -artículo 58-. Con relación a las Cooperativas de viviendas, se prevé la adjudicación del uso y disfrute de la vivienda al socio “*mediante cualquier título admitido en Derecho*” - artículo 79-. No se hace referencia a la adjudicación de la propiedad de la vivienda: BOCG. Congreso de los diputados. I legislatura. serie A, núm. 146-I. Proyecto de Ley de 24-6-1980.

En relación a las enmiendas: Congreso de los diputados. I legislatura. Serie general, legajo 1890. Por la ausencia de enmiendas sobre el tema, la ponencia, en su informe de 17-4-1982, no modifica nada al respecto (BOCG. Congreso de los diputados. I legislatura. Serie A. Núm. 146-I.1.); Las enmiendas presentadas al Proyecto en relación con este tema no tratan en ningún momento la adjudicación de la vivienda. Respecto al derecho - obligación de participación en las actividades cooperativas, se presenta una enmienda técnica (núm. 116) que prefiere la denominación “*participación en actividades y servicios cooperativos*”, que fue aceptada por la ponencia: 17-4-1982. BOCG. Congreso de los diputados. I legislatura. Serie A. Núm. 146-I.1: “*la ponencia admite e incorpora a su informe esta sustitución en el precepto por considerar que se amplían considerablemente los derechos del socio*”.

⁹⁸ BOCG. Congreso de los diputados. IIª Legislatura. Serie A, núm. 164-I. Pág. 3171 y ss. Esta materia no fue objeto de ninguna aportación en la relación de enmiendas, ya citadas, presentadas por otros grupos políticos, y la redacción de éstos no se ve modificada. Documentación cit. en nota a pie núm. 47.

⁹⁹ “...desarrollo de actividades empresariales, imputándose los resultados económicos a los socios una vez atendidos los fondos comunitarios, en función de la actividad cooperativizada que realizan”.

¹⁰⁰ “Los **estatutos** de las Sociedades Cooperativas deberán expresar: ...3. El ámbito territorial dentro del cual la Cooperativa puede desarrollar actividades cooperativizadas con sus socios. 4. La o las actividades empresariales a desarrollar por la Cooperativa para el cumplimiento del fin social.”

¹⁰¹ Art. 34: “En especial, los socios tendrán las siguientes **obligaciones**: c) Participar en las actividades cooperativizadas que desarrolla la Cooperativa para el cumplimiento de su fin social, en la cuantía mínima obligatoria establecida en sus Estatutos.” Art. 35: “Los socios tienen **derecho** a: d) Participar en la actividad empresarial que desarrolla la Cooperativa para el cumplimiento de su fin social, sin ninguna discriminación”.

prestaciones accesorias que no integran el capital social, sujetas a las condiciones fijadas por la Cooperativa -artículo 81¹⁰²-, y se utilizan como base para el cálculo del retorno en el artículo 85¹⁰³. En las normas que regulan las clases de Cooperativas, en concreto las de viviendas, también se hace referencia a esta actividad cooperativa, razón última de su funcionamiento.

Con relación a las Cooperativas de viviendas, el art. 129.1 y 3 LGC¹⁰⁴ propone que éstas *“tienen por objeto procurar a sus socios vivienda y o locales”*, cuya adjudicación se realiza *“mediante cualquier título admitido en Derecho”*.

Dentro del análisis de las Cooperativas de viviendas, y antes del estudio de las diversas teorías doctrinales acerca de la especial relación entre la Cooperativa y el socio y la participación del socio en los servicios cooperativos, que corresponde al apartado III, y del supuesto cooperativo concreto al que se limita el estudio, hemos ofrecido la visión actual de la actividad cooperativa, y la evolución de la participación del socio en las actividades o servicios cooperativos. Desde 1943 se tuvo en cuenta la participación en la actividad cooperativa, distinta de las aportaciones al capital social, propiedad del socio,

¹⁰² -2. Los bienes de cualquier clase entregados por los socios para la gestión cooperativa y, en general, los pagos para la obtención de los servicios cooperativizados, no integran el capital social y están sujetos a las condiciones fijadas y contratadas con la Sociedad Cooperativa”.

¹⁰³ -1. El retorno cooperativo se acreditará a los socios en proporción a las operaciones, actividades o servicios cooperativizados realizados por cada socio en la Cooperativa”.

¹⁰⁴ La tramitación parlamentaria de la LGC, iniciada con el citado Proyecto de 1986, no trata ni cuestiona la adquisición de la vivienda de forma expresa, puesto que no hay ninguna enmienda al respecto. Sin embargo, se alude a ello en la tramitación ante el Congreso, en relación con las aportaciones al capital social. El portavoz del grupo parlamentario del gobierno, manifestándose claramente en favor de su consideración de pago de un servicio cooperativo, que no pertenece al capital social afirma que, *“En las cooperativas de viviendas la cuantía de las aportaciones de los socios al capital social es prácticamente simbólica, ya que el importe de lo que cuesta la vivienda no se abona por el socio al capital social, sino que hay un pago para la obtención de servicios cooperativizados. A esos servicios cooperativizados se refiere el artículo 81.2; es decir, no integran el capital social”*: Diario de Sesiones de 10-12-1986. IIIª Legislatura. Comisión de política social y empleo, núm. 49, pág. 2037. Este tema no sufrió ninguna modificación en la tramitación en el Senado, y por ello el texto definitivo de la Ley es idéntico al aprobado por el Congreso en la tramitación de la Ley: BOCG. Congreso de los diputados. IIIª Legislatura. Serie A. Núm. 4-7. 31-3-1987.

Respecto a la participación en la actividad cooperativa como derecho y deber del socio, se contempla a lo largo de toda la tramitación de la LGC de la misma forma que en su redacción definitiva, sin que hayamos encontrado

aunque en la actualidad han desaparecido las referencias expresas a esta última característica, su propiedad. La participación en los servicios cooperativos no es considerada como obligación y derecho hasta 1974 –obligación-, y 1978 -obligación y derecho-. En ningún momento de la evolución normativa cooperativa se ha concretado y planteado claramente a que estructura lógico - jurídica responde la participación del socio en los servicios cooperativos, ni tampoco el camino que siguen éstos. Ello plantea problemas respecto a las Cooperativas en general, ya que la obtención de este servicio cooperativo es la razón esencial por la que el socio ingresa en la Cooperativa, y es objeto y fin de ésta.

En las Cooperativas de viviendas el servicio que la cooperativa presta a los socios es la vivienda. La regulación actual, general y autonómica, de las Cooperativas se encuentra en la línea de que la aportación del socio para la utilización de este servicio cooperativo no forma parte del capital social, y tampoco del patrimonio cooperativo -como manifiestan algunas normas cooperativas autonómicas-. También se trata, correlativamente, de un derecho y un deber social, desde el momento en que los socios se integran en la Cooperativa.

Las afirmaciones anteriores muestran la importancia de la adjudicación de la vivienda en las Cooperativas de esta clase, como participación del socio en los servicios cooperativos. Es necesario realizar un estudio en profundidad de dicha aportación a los servicios cooperativos, materializada en viviendas, especialmente en los casos más frecuentes en la práctica de nuestro país, en que se produce la obtención de la propiedad de las mismas por el socio -también podría obtener su uso-. Antes de analizar la relación jurídica compleja que existe entre la Cooperativa y el socio, y la consiguiente

ninguna aportación interesante al respecto. Además ya hemos dicho que la redacción vigente, en esta materia,

adjudicación de vivienda en los supuestos más frecuentes en la práctica, vamos a estudiar la visión de la doctrina al respecto que, aunque no desarrolle en exceso la cuestión, aporta algunas ideas relevantes.

III. COOPERATIVAS DE VIVIENDAS, ADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA AL COOPERATIVISTA. RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LA COOPERATIVA Y EL SOCIO EN VIRTUD DE LA QUE SURGE LA ADJUDICACIÓN. TEORÍAS DOCTRINALES.

Después de razonar las circunstancias que nos llevan al estudio específico e independiente de la adjudicación de vivienda al socio, como servicio cooperativo que la Cooperativa presta a cambio del pago de su coste, creemos necesario partir de la visión que tiene la LC 27/1999 sobre dicha adjudicación o servicio cooperativo en su artículo 89 -artículo 129 de la LGC-, en términos similares a los de las normas cooperativas autonómicas¹⁰⁵, siempre en relación con el artículo 52.3 de la misma Ley –art. 81.3 LGC- referido a la actividad cooperativa en general. La norma que tendremos siempre presente en este estudio es el art. 89.3º de la LC –129.3 LGC-, sin olvidar el resto del artículo referido al objeto de las Cooperativas de viviendas: *“las Cooperativas de viviendas asocian a personas que precisen alojamiento y/o locales para sí y las personas que con ellas conviven... La propiedad o el uso y disfrute de las viviendas y locales podrán ser adjudicados o cedidos a los socios mediante cualquier título admitido en Derecho”*.

Previamente al estudio concreto de la adjudicación de la vivienda al socio, referido solamente a un supuesto concreto, el que más se utiliza en la práctica en nuestro país, y siempre teniendo en cuenta esta circunstancia, es necesario analizar las distintas

apareció como tal en el Proyecto de 1985.

¹⁰⁵ A excepción de la Ley de Cooperativas de Aragón – que incorpora el término “título legal”, el resto de CCAA plantean la cuestión en los mismos términos que la LGC. Referencia a ellas en nota a pie 24.

posibilidades existentes respecto a la relación jurídica que surge entre el socio, que utiliza los servicios cooperativos, y la Cooperativa, así como la repercusión de cada una de dichas posibilidades en el régimen de ésta, además de las posibles relaciones con otros sujetos ajenos que intervengan en la consecución y logro del objeto cooperativo. Lo aportado para la utilización de los servicios cooperativos, como ha quedado demostrado en el estudio de la legislación vigente e histórica, no integra el capital social, siendo prestaciones ajenas a éste. En las Cooperativas de viviendas, la vivienda es un servicio ofrecido por la Cooperativa al socio, que no integra ni el capital ni el patrimonio de la Cooperativa. Una vez sentadas las anteriores premisas, comúnmente admitidas, es preciso analizar la relación jurídica¹⁰⁶ en virtud de la cual el socio adquiere la vivienda, como la adquiere, por que título, de quien..., y cual es la actuación de la Cooperativa en este proceso. Para ello, inicialmente, vamos a proceder a esquematizar, desde un punto de vista teórico, los distintos y más importantes supuestos prácticos que pueden diferenciarse hoy en las Cooperativas de viviendas, y los que existen actualmente en nuestro país. Tras una visión general de estas cuestiones, desarrollaremos las premisas de las que parten las distintas posiciones doctrinales respecto de la calificación jurídica de la citada relación entre la Cooperativa de viviendas y el socio, cuya consecuencia es la adquisición por éste de la propiedad de la vivienda. Al hilo de lo anterior se irán viendo los aspectos positivos y negativos de estas visiones, en relación con los supuestos prácticos citados, con el fin de adoptar una conclusión sobre la admisibilidad de las mismas, en general o de forma concreta en función de cada caso. El análisis del supuesto práctico elegido como núcleo de esta tesis se hará, principalmente, en los siguientes

¹⁰⁶ FAJARDO GARCÍA, G: "La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios"... cit, pág. 85: "La cuestión, que está en estrecha relación con el problema de la naturaleza jurídica de la Cooperativa que tantas páginas de la literatura ha ocupado y con el problema de la naturaleza jurídica de la relación socio-cooperativa, del que se ha ocupado menos la doctrina, es de indudable importancia, sobre todo, por las

capítulos, aunque en éste también aludamos al mismo, y lo tengamos especialmente en cuenta. No dejamos de lado el resto de posibilidades, más teóricas, a las que también nos referiremos en los momentos en que lo estimemos conveniente.

1. VISIÓN INICIAL DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS QUE, A PRIORI, DEBEN TENERSE EN CUENTA.

Inicialmente, los tipos de Cooperativa de viviendas que pueden analizarse y ponerse en práctica son, en opinión de GÓMEZ APARICIO¹⁰⁷, de acceso a la propiedad individual, de propiedad colectiva, alquiler simple, alquiler atribución, ayuda personal mutua, crédito a la construcción y trabajadores de la construcción. En las primeras, las Cooperativas de acceso a la propiedad individual, cada socio accede a la propiedad de su vivienda, y la Cooperativa puede después disolverse o no, dedicándose a la gestión de las zonas comunes. Ésta es la fórmula utilizada en España, de forma casi exclusiva¹⁰⁸. Las Cooperativas de propiedad colectiva conceden al socio un derecho de uso privilegiado sobre su vivienda -algo más que un arrendamiento-, reservándose la Cooperativa la propiedad de las viviendas -éstas no han sido utilizadas en la práctica en España-. Las Cooperativas de alquiler simple, empleadas en Francia, convierten al socio en copropietario del inmueble y arrendatario de una vivienda determinada. La baja del socio implica la devolución a éste de las aportaciones nominales realizadas¹⁰⁹. Las Cooperativas de alquiler y atribución, también de difusión en Francia, combinan el

transcendentes consecuencias que puede reportar para el régimen económico cooperativo." (el subrayado es mío).

¹⁰⁷ GÓMEZ APARICIO, AP: "*Análisis de los aspectos financieros de la sociedad cooperativa de viviendas en España*"... *cit.*, pág. 21 y ss. Clasificación realizada por la autora en la que sintetiza las ofrecidas por la ACI, la OIT y Laserre.

¹⁰⁸ GÓMEZ APARICIO, AP: "*Análisis de...*"... *cit.*, pág. 227.

¹⁰⁹ No podemos olvidar que también se ha utilizado en alguna ocasión una Cooperativa similar a la de alquiler simple, aunque la propiedad de los inmuebles fuese pública (IVIMA) y no de la Cooperativa. Se trata del caso de "Orcasur" en Madrid, en el que se quería conservar el carácter público de la propiedad sobre el suelo y las viviendas (IVIMA) con la gestión de estas por la Cooperativa constituida al efecto, y el alquiler de las viviendas a los socios. COOPERATIVA DE VIVIENDAS DE JÓVENES DE ORCASITAS: "*El alquiler: una asignatura pendiente*". Madrid 1993. Existen otras experiencias similares en Madrid. Vallecas.

alquiler, hasta el pago de las deudas originadas por la construcción de las viviendas, con la propiedad de la vivienda adjudicada al socio posteriormente. Las Cooperativas de ayuda personal mutua, figura utilizada por el Banco Mundial, organizan a los socios en equipos de trabajo para construir, haciéndolo por sí mismos o no, y asesorados o no. Las cooperativas de crédito a la construcción, fundamentalmente británicas, son cooperativas de crédito; y las de trabajadores de la construcción son cooperativas de trabajo asociado.

Esta mal llamada clasificación es, en realidad, una enumeración de los distintos tipos de Cooperativas de viviendas existentes y utilizadas a nivel mundial. Tomando como base el punto de vista del derecho de propiedad sobre la vivienda, las Cooperativas de viviendas, olvidando los supuestos citados en los que la Cooperativa es de otra clase –de crédito o trabajo–, pueden clasificarse en función de que la vivienda se ceda en propiedad o se ceda su uso a los socios. Las de propiedad¹¹⁰ pueden ser individuales –de acceso a la

¹¹⁰ En relación a la realidad europea concreta sobre los supuestos prácticos de **Cooperativas de viviendas** adoptados en otros países de nuestro entorno, es interesante el estudio que hace GÓMEZ APARICIO, AP: *"Análisis de los aspectos financieros de la sociedad cooperativa de viviendas en España"*. Comunidad de Madrid, Consejería de Economía, 1991, pág. 221 a 228, respecto a las formas de Cooperativa de vivienda en otros países: Suiza, régimen de alquiler o derecho de ocupación ilimitado y transmisible; Alemania, Cooperativas generalmente de construcción, de distintas promociones, en propiedad individual y propiedad colectiva con derecho de alquiler para el socio; Francia, propiedad individual con Cooperativa dedicada a la gestión, y propiedad cooperativa con alquiler a terceros no socios; Italia, Cooperativas con propiedad dividida o individual de cada socio y con propiedad indivisa que adoptan una fórmula de propiedad cooperativa próxima al alquiler; Portugal, Cooperativas con propiedad individual de socios que continúan con la gestión de zonas comunes, y de propiedad colectiva que conceden derecho de uso, pudiendo coexistir ambas fórmulas en la misma sociedad cooperativa. También debe citarse el caso inglés, con cooperativas de viviendas para financiación de éstas (ahorro y préstamo) y asociaciones de vivienda que intentan resolver el problema del alojamiento.

Según las notas anteriores, los países más cercanos a la legislación española de Cooperativas de viviendas, en general y respecto del supuesto concreto que es objeto de estudio en esta tesis, son Francia, Italia y Portugal (también Grecia con regulación específica y quizá Alemania, aunque este país no clasifica las cooperativas según sectores de actividad). No obstante debe tenerse en cuenta que el resto de países europeos, como Alemania, Bélgica... también regula la materia cooperativa de viviendas, aunque desde una perspectiva distinta a la nuestra. Además, Italia (art. 45) y Portugal (art. 61, 65, 82 y 86) son los únicos países comunitarios que, junto con España (art. 129), reconocen el cooperativismo en su Constitución.

Podemos avanzar, antes del estudio concreto de la regulación de cada país, que podrían adoptarse en nuestro ordenamiento muchas de las soluciones ofrecidas por los legisladores italiano, francés y portugués. Vamos a ver que la evolución de la legislación de las Cooperativas de viviendas en estos países es muy superior a la nuestra, empezando porque prevén una legislación específica sobre la materia. "A priori" pueden destacarse, como especialmente interesantes, la clara distinción entre los supuestos de propiedad individual del socio de los de propiedad de la Cooperativa o colectiva. También es importante tener en cuenta la distinción de fases o momentos diversos en las cooperativas de viviendas italianas, según la situación en la que el aspirante o socio se

propiedad individual- o colectivas -de propiedad colectiva-. Las de uso y disfrute pueden ser de alquiler simple o alquiler atribución -combinan alquiler y propiedad individual posterior-.

Nosotros, para comenzar, desechamos los supuestos de Cooperativas de crédito a la construcción y de trabajadores de la construcción, porque no son realmente Cooperativas de viviendas. Tampoco tendremos en cuenta las Cooperativas creadas para la rehabilitación, conservación o administración de viviendas, centrándonos en las de promoción y construcción de éstas. Además, también nos olvidaremos, en el análisis posterior, de aquellas Cooperativas de viviendas no utilizadas en España, las de propiedad colectiva, alquiler simple y alquiler atribución. Nos centramos exclusivamente en las Cooperativas de acceso a la propiedad individual, aunque con relación a las mismas no podemos determinar a priori si es una propiedad individual en todo momento, o inicialmente existe una copropiedad de todos los socios, o la propiedad pertenece a la Cooperativa. Tampoco puede excluirse la posibilidad de que existan en nuestro país Cooperativas de ayuda personal mutua, pero no nos referiremos a ellas.

Desechados todos los tipos de Cooperativas citados, utilizados en otros países pero no en el nuestro, al menos todavía, vamos a centrar nuestro estudio en las Cooperativas de viviendas de propiedad individual. Sobre esta base, teniendo en cuenta las clasificaciones aportadas, y en función del tipo de adjudicación de la vivienda al socio, la propiedad o uso de la misma, y los sujetos que construyen, puede determinarse una nueva clasificación o enumeración, dentro de las Cooperativas de acceso a la propiedad individual, según el funcionamiento interno teórico de las mismas, y teniendo en cuenta

encuentre, así como la repercusión de lo anterior en los derechos sobre la vivienda. Portugal prevé, aunque mucho más escuetamente que Italia, la existencia de diversas fases. Respecto al supuesto francés destacaremos la distinción ofrecida por este ordenamiento según los sujetos que intervengan en la promoción y construcción.

las relaciones internas entre los sujetos intervinientes. El fin que perseguimos es clasificar y clarificar los tipos de Cooperativas de viviendas que se utilizan en nuestro país, distinguiendo supuestos teóricos conocidos y otros muy distintos que la práctica va ofreciendo. Para ello se tendrán en cuenta los criterios citados, el tipo de adjudicación de la vivienda y la persona que construye. También se puede distinguir en función de si la Cooperativa constituida por los socios actúa en nombre de éstos y gestiona sus intereses, o si la Cooperativa ha sido promovida y constituida por una empresa gestora. La base de esta última distinción es diferenciar casos aparentemente confusos, debido a la distinta función de la empresa gestora en ellos, además de la distinta posición del resto de los sujetos.

En el primero, la gestión de la Cooperativa responde a los criterios teóricamente admitidos, autogestionándose la propia la Cooperativa por sí misma, mediante sus órganos¹¹¹. El segundo supuesto se fundamenta en una realidad práctica que exige un fundamento teórico diferente, la actuación de una empresa gestora en la promoción, constitución y gestión de la Cooperativa, teniendo en cuenta, además, que la intervención de la empresa gestora se impone generalmente a los socios. La intervención de la empresa gestora en la forma por todos conocida, y que se desarrollará más adelante, no

Todos estos temas y otros secundarios serán desarrollados en los siguientes apartados.

¹¹¹ La primera hipótesis es la teóricamente contemplada en la Ley, cuando la Cooperativa actúa y es creada con la finalidad que le corresponde, para la autogestión y autoconstrucción de las viviendas de sus socios. En ella también pueden distinguirse dos casos, en función de que la construcción de los inmuebles se encargue a un tercero, o sea realizada y gestionada por la propia Cooperativa (este último sería el caso teórico ideal). En el primer supuesto, la construcción encargada a un tercero, podrán diferenciarse dos casos, el primero en el que se produce la transmisión de la propiedad de la vivienda a los socios, y el segundo de cesión del uso de las viviendas a los socios, cesión de uso que dejamos a un lado al referirnos exclusivamente al acceso a la propiedad individual de la vivienda mucho más común.

También puede ocurrir que la Cooperativa sea quien construya los inmuebles, por sí misma o gestionando la construcción. Este segundo supuesto es teóricamente ideal, pero poco utilizado en la práctica, y ello aunque las Cooperativas originarias funcionaban así.

Estas posibilidades de autogestión, en que no interviene una empresa gestora, son escasas en la práctica, y además al ser teóricamente más "puras", no plantean tantos problemas. Por ello, inicialmente desechamos su estudio, centrándonos en la segunda hipótesis. Sin embargo, como veremos al desarrollar ésta, algunas de las conclusiones que se extraigan de su análisis podrían ser aplicables a la primera.

modifica únicamente el sistema de gestión de la Cooperativa, sino que también podría influir sobre el esquema de relaciones que se producen entre los sujetos que intervienen en la construcción y la adquisición de la propiedad de la vivienda o su uso por el socio¹¹². Así, podría surgir un nuevo tipo de Cooperativa de viviendas, distinta de las citadas, lo que no es deseable, o a un tratamiento jurídico diferente, teniendo en cuenta esta gestión especial e incluso, en algunos casos, puede provocar que no se admita que se trate de un supuesto de actuación de Cooperativas de viviendas. En relación con lo anterior, la promoción y gestión de la Cooperativa, hay que recordar que también dejamos de lado las Cooperativas promovidas por otras entidades, sindicatos, colegios profesionales, asociaciones..., excepto en el supuesto de que se sirvan de una empresa gestora inserta en ellos, o contratada por ellos para la promoción de la Cooperativa, como suele ocurrir en la práctica.

También debe tenerse en cuenta, además, al menos en el estudio inicial así se pretende, que según la regulación actual común y autonómica de las Cooperativas de viviendas en España, es posible que se ceda la propiedad o el uso de las viviendas a los socios. Esta distinción, aplicada al caso español, es puramente teórica, puesto que hasta ahora en nuestro país el criterio generalizado es que nadie desea contribuir a la construcción de unas viviendas para luego obtener sólo el uso de una de ellas. Además, el art. 89.3º mantiene que la opción de cesión del uso de las viviendas a los socios, quedando la propiedad en manos de la Cooperativa, requiere que los Estatutos lo prevéan, y éstos se

¹¹² Este supuesto se caracteriza generalmente por una situación compleja, con gestión y construcción ajenas a la Cooperativa, en la que intervienen varios sujetos con distintas funciones, gestora, cooperativa, socios, constructor..., con diversidad de relaciones jurídicas entre ellos, relación entre los socios, entre la cooperativa y los socios, con el constructor, con la empresa gestora.

En este segundo supuesto, caracterizado por la intervención de una empresa gestora, la construcción puede realizarla un tercero, o dicha gestora mediante subcontratos con otros terceros —esta segunda opción no es común por su escaso interés para la empresa gestora, que se “conforma” con asumir la posición jurídica de gestor, y no convertirse abiertamente en promotor inmobiliario—. En ambos casos puede transmitirse la propiedad de la vivienda o ceder del uso de la misma, aunque la cesión de uso la dejamos a un lado por las razones ya expuestas.

redactan en el momento de constitución de la Cooperativa; si no se dice nada respecto del uso habrá que suponer que el supuesto será el general de transmisión de la propiedad a los socios.

El caso mixto en el que se transmitiría la propiedad o bien el uso de las viviendas según los distintos socios, o primero el uso y luego la propiedad no será objeto de análisis, porque no es posible que se produzca, ya que la LC, al referirse a las Cooperativas en las que se cede el uso o la propiedad de las viviendas -artículo 89.3^{o113}-se limita exclusivamente a socios que obtengan la propiedad o el uso de forma independiente uno de otro; y, además, al permitir la relación de la Cooperativa con otras de la misma clase, siempre que los estatutos lo contemplen y regulen, no alude a la relación entre las Cooperativas de cesión de uso y de transmisión de la propiedad, lo que podría interpretarse en el sentido de que el legislador no quiere promover la relación ni tampoco la confusión de ambos supuestos.

No ofrece ninguna duda cual sea el momento en que se conozca el destino de los inmuebles, bien el de constitución de la Cooperativa, o el momento de entrega de la vivienda, porque la LC¹¹⁴ prevé expresamente que el destino se contenga en los Estatutos, redactados cuando se constituye la Cooperativa.

Es preciso distinguir en función de que la construcción¹¹⁵ de los inmuebles sea realizada por un constructor ajeno a la Cooperativa, encargado de la obra en general, o que sea ésta la que construya -acudiendo al subcontrato con arrendamiento de obra o servicios a

¹¹³ “Cuando la Cooperativa retenga la propiedad de las viviendas o locales, los Estatutos establecerán las normas a que ha de ajustarse tanto su uso y disfrute por los socios, como los demás derechos y obligaciones de éstos y de la Cooperativa, pudiendo prever y regular la posibilidad de cesión o permuta del derecho de uso y disfrute de la vivienda o local con socios de otras Cooperativas de viviendas que tengan establecida la misma modalidad”.

¹¹⁴ Los supuestos que podrían surgir en relación al momento de conocimiento posterior del destino de los inmuebles no se tienen en cuenta, porque no es posible que se produzcan.

terceros-, puesto que el número y condición de los sujetos y las relaciones jurídicas entre ellos son distintas en cada caso¹¹⁶.

La doctrina aporta varios criterios teóricos -acto debido, acto cooperativo, y fundamentalmente interposición gestora- acerca de las relaciones que se establecen entre los socios, la Cooperativa... sin distinguir ningún supuesto de los planteados. Nosotros, como hemos adelantado, creemos que del supuesto teórico inicialmente previsto se han desmembrado otros, y la respuesta no puede ser la misma para todos¹¹⁷.

Inicialmente deben diferenciarse varias posibilidades en función de la intervención o no de una entidad gestora ajena a la Cooperativa, la construcción gestionada por la Cooperativa o la gestora, mediante subcontratas o contratada con un tercero constructor y la cesión de la propiedad de la vivienda o del uso de ésta al socio. De ellas elegiremos para nuestro estudio la más utilizada en la práctica en nuestro país.

De tal forma, podrían concluirse y distinguirse varios supuestos en el estudio de las Cooperativas de viviendas, las relaciones que surgen en cada uno de ellos y la

¹¹⁶ Tanto la construcción propia como la de un tercero tienen cabida en la LC, que en su art. 89.1 se refiere a su objeto con el término "*procurar viviendas*", en el que se incluirían todas las posibilidades de construcción.

¹¹⁶ Así lo hace VERRUCOLI, P.: "*La società cooperativa*", AG, Milano 1958, pág. 202, al afirmar lo siguiente: Por el contrario, **en el tipo de cooperativa de edificación es necesario realizar una distinción en función del concreto desarrollo de la actividad**; en efecto puede ser considerada como una especie de la categoría de la Cooperativa de consumo si está constituida por personas que intentan procurarse una casa (consumidores de este servicio) presentándose para la construcción un tercer empresario de esta actividad; en tal caso hay, en la sociedad cooperativa, una organización de empresa, pero ésta no tiene naturaleza comercial; si el organismo cooperativo crea para este fin una empresa de construcción (asume, como suele decirse, la ejecución del trabajo en economía), ahora la sociedad cooperativa tiene innegablemente naturaleza comercial (y puede considerarse en un tiempo, como cooperativa de producción y consumo).

¹¹⁷ Desde el punto de vista práctico puede aportarse, en base a la experiencia que tienen en el trato con los cooperativistas, la opinión de la OCU "*Dinero y derechos: Cooperativas de viviendas*"... *cit.*, pág. 17: **actualmente están funcionando en España en la práctica, de forma generalizada, dos tipos de cooperativas de viviendas, las puras y las organizadas por gestoras**. Las Cooperativas puras son aquellas en las que los propios socios llevan adelante la gestión de los asuntos de la Cooperativa (identificándolas con los supuestos de autoconstrucción), y las organizadas por gestoras se diferencian en que la constitución, gestión, contrato con el constructor... lo hace la gestora. Las más frecuentes en el mercado son las segundas.

Entiendo que las Cooperativas llamadas "puras" pueden identificarse con el supuesto teórico de Cooperativa que actúa en nombre de los socios (sus órganos gestores son elegidos entre ellos), mientras que las organizadas por gestoras serían las que vamos a tener en cuenta como supuesto principal que analizamos en esta tesis.

adjudicación de las viviendas. En los siguientes capítulos se analizará el expresado en último lugar –gestión y construcción ajenas a la Cooperativa- por ser el más común de todos ellos.

Previamente a lo anterior vamos a exponer las teorías doctrinales planteadas respecto a la calificación jurídica de la adjudicación de vivienda y la relación entre la Cooperativa y el socio. El estudio de dichas opciones doctrinales se realizará teniendo en cuenta la *diversidad de supuestos planteados, puesto que partimos de la base, ya argumentada y que continuaremos demostrando, de que no es posible admitir y aplicar una teoría única de las ya conocidas, a la adjudicación de la vivienda al socio, entendida ésta en general.* No sólo es preciso distinguir, como ya hemos hecho, en función de que dicha adjudicación sea de propiedad, uso ..., sino que respecto a la adjudicación de la propiedad individual de la vivienda no cabe “a priori” una única opción, o al menos así lo consideramos porque es lo que la realidad práctica reclama. De tal forma, cada supuesto debería ser analizado por separado y en profundidad, y podría ser objeto de varias tesis doctorales y, al no ser esta nuestra intención, nosotros nos centraremos en uno de ellos, el más actual. Posteriormente al análisis de las distintas teorías podremos cuestionar, en orden a adoptar una conclusión general positiva o negativa, si debe admitirse o no una de dichas teorías de forma genérica. En cualquier caso, recordamos que el supuesto principal, por ser el más utilizado, es el de adquisición de la propiedad individual de la vivienda en que interviene una empresa gestora y un tercero constructor, y en el que el socio adquiere la propiedad de la vivienda. Las teorías citadas, acto debido, acto cooperativo e interposición gestora, no han tenido en cuenta esta diversidad de supuestos, y por ello hemos planteado previamente cuales son, al margen de que no se analicen todos ellos.

2. EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS TEORÍAS DOCTRINALES SOBRE LA ADJUDICACIÓN Y LA RELACIÓN ENTRE LA COOPERATIVA Y EL SOCIO.

PAZ CANALEJO¹¹⁸ esquematiza las tres opciones posibles: acto debido, acto cooperativo e interposición gestora. También ROMERO CANDAU resume las teorías sobre la calificación de la prestación que la Cooperativa ofrece a los socios y la relación entre ambos, y plantea los problemas de cada una de ellas; la tesis del acto debido dificulta el tema de riesgos, defectos e incumplimiento de las prestaciones, el acto cooperativo obligaría a resolver caso por caso las incidencias concretas planteadas, mientras que la representación indirecta es la que más se ajusta a la regulación española¹¹⁹. Vamos a analizar las tres opciones separadamente, acto debido, acto cooperativo e interposición gestora. Previamente es necesario poner en evidencia que estas teorías no son contrapuestas, no contemplan la adjudicación de vivienda desde distintos puntos de vista, sino que tienen en cuenta temas diversos, aunque a priori no lo parezca. Mientras la teoría del acto debido se centra fundamentalmente en la adjudicación de vivienda como cumplimiento de un negocio jurídico principal, contraído entre la Cooperativa y el socio; la del acto cooperativo se ocupa de demostrar la especialidad de la prestación o servicio cooperativo, y la independencia y autonomía del

¹¹⁸ Cita en nota a pie 90.

¹¹⁹ ROMERO CANDAU, P.A: "Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa". Tomo I, artículo 34 y ss. Consejo General del Notariado, Madrid 1996, pág. 644 y ss. LGC, art. 34 y ss, pág. 654: "Ferrucoli, considera que estamos ante un ACTO DEBIDO, en el que no encaja la calificación típica del contrato en cuestión, sea de compraventa, trabajo o suministro, porque no existe contraposición de intereses. Pero esta tesis dificulta notablemente la posición del socio con la Cooperativa en caso de riesgos o defectos o de incumplimiento en general de la prestación de entrega. La obligada teoría intermedia o mixta surge de la mano de autores sudamericanos, con reflejo en la regulación argentina y brasileña. Acuña el concepto del ACTO COOPERATIVO, por oposición al acto de comercio. Pero su encaje en nuestro ordenamiento es difícil y obliga a resolver caso a caso cada una de las incidencias que suscita la relación entre la Cooperativa y sus socios. Siguiendo a Pugliatti, la tesis de Manrique y Rodríguez Poyo - Guerrero se adapta mejor que ninguna otra a la regulación española. La Cooperativa, como regla general, efectúa una "INTERPOSICIÓN GESTORA", de modo que, aunque contrata en nombre propio, lo hace en interés y por cuenta de sus socios, para suprimir el coste de intermediación; hay un desplazamiento del riesgo o de los defectos de la cosa desde ella al socio, que puede ejercitar acción directamente contra el vendedor o suministrador. La elaboración doctrinal sobre la representación indirecta y el alcance de los artículos 246 C de c y 1717 del CC suministran un abanico de respuestas para todas las incidencias que en la relación cooperativizada entre la sociedad y sus miembros

derecho cooperativo; y, por último, la interposición gestora parte del estudio de las relaciones internas entre los sujetos intervinientes, logrando presentar, complementaria y consecuentemente con aquél, una visión propia de la adjudicación de vivienda. Como vemos, no hay una homogeneidad en el planteamiento de estas opciones, lo que puede provocar la admisión de alguna de ellas para supuestos distintos, o de varias en el mismo supuesto, según los diferentes momentos en que éste se desarrolla, sin que aquéllas sean absoluta y necesariamente incompatibles. Al hilo de la teoría del acto debido, y tras la exposición de la misma, se recoge, dentro de la calificación de la prestación de servicios como negocio jurídico independiente, la posibilidad, vigente en otros países y admitida por algún autor patrio, de que aquélla responda a una transmisión onerosa de la Cooperativa al socio.

2.1. ACTO DEBIDO.

Algunos autores asimilan la prestación de servicios cooperativos, o actividad cooperativa, que se concreta en la adjudicación de vivienda al socio en las Cooperativas de esta clase, a un acto debido entre la Cooperativa y el socio, de cumplimiento de la obligación asumida por la Cooperativa respecto del socio en el momento de constitución, distinguiendo dicho acto jurídico singular del negocio jurídico origen, societario, del que depende, y ello al margen de su consideración formal. De ahí que se consideren actos singulares, debidos por la Cooperativa al socio, sobre la base del contrato de sociedad que impone a ésta una obligación de gestión de servicio respecto de aquél.

puedan producirse. Esta tesis, en la actualidad, tal vez merezca alguna matización atendiendo al menos a alguna de las clases de Cooperativas..."

2.1.1. La teoría del acto debido aplicada a la prestación accesoria de la Cooperativa al socio.

La primera visión al respecto surge en la doctrina italiana en 1958, a manos de VERRUCOLI¹²⁰ que se refiere a la utilización por el socio de los servicios cooperativos dentro de los derechos del socio, inherentes a la gestión de servicio de la Cooperativa, manifestándose en favor de la consideración de acto debido, aunque admite que sean formalmente asimilables a algunos contratos. Trata la participación en la actividad cooperativa como derecho del socio y competencia de éste, aunque pueden ser objeto de disposición en general por la Asamblea¹²¹. No admite que se trate de un contrato puesto que falta, en su opinión, la contraposición de las partes, requisito necesario según el

¹²⁰ VERRUCOLI, P: “*La società cooperativa*”... cit, pág. 261 y ss: Derechos del socio relativos a la gestión de servicio de la Cooperativa, especialmente el derecho a valerse de este servicio... El ejercicio de estos derechos da lugar, al formarse, a actos singulares o relaciones que son formalmente asimilables a contratos de compraventa, suministro, trabajo dependiente, arrendamiento, crédito, seguro, según el objeto de la sociedad. Se aplica normalmente la disciplina de éstos, no obstante la peculiar circunstancia de que cada uno de estos representa en realidad un acto debido de la sociedad al socio (ya que en rigor no podría hablarse de contrato, faltando la contraposición de las partes (art. 1321 CC), y debiendo el acto o relación desarrollarse “institucionalmente” en interés del socio) mediante el cual el socio realiza precisamente la búsqueda eliminación del empresario intermediario respecto a la satisfacción de su determinada necesidad económica... los singulares actos o relaciones entre la sociedad y el socio, en la medida en la cual pueden separarse, y no estar influenciados, por la existencia de la participación social... son de la exclusiva competencia del socio y por consiguiente no están sujetos a ningún poder de disposición de la Asamblea... pero puede modificarlo o excluirlo con una deliberación de carácter general.

Esta misma opinión sobre los límites al poder de la Asamblea respecto de los derechos del socio, se afirma en relación a la “società per azioni” por otros autores como ASCARELLI “*Studi in tema di società*”. AG Milano 1952. Pág. 85 y 99 y ss. Analiza este autor la evolución de los límites al poder de la mayoría, que ha pasado de la indiferencia del siglo XIX a la admisión en algunos casos. Pueden distinguirse, en función de que el derecho al que se refieren sea inderogable e irrenunciable o no, los siguientes límites: 1. No disponibles por la mayoría las normas relativas a tutela de terceros, objeto lícito o imposible, de orden público o relativos a los principios típicos de la sociedad por acciones; su inobservancia o disponibilidad por la mayoría tiene como consecuencia la sanción de nulidad. 2. Los derechos disponibles por la mayoría sólo con el consentimiento del accionista interesado: derechos de baja, voto, circulación...; su inobservancia conlleva la anulabilidad. También hay otros derechos privilegiados para algunos socios que conllevan su inderogabilidad salvo por determinando procedimiento. En relación al derecho que nos interesa, la distribución de beneficios, es disponible su aplicación práctica en algún ejercicio concreto por unanimidad, y se encuentra limitado a que, como regla general, la asamblea puede modificar el modo de distribución pero no la cuantía.

En las Cooperativas, el derecho al que nos referimos es la utilización de los servicios, y éste sólo puede ser excluido por la Asamblea en conjunto. El límite al poder de la Asamblea es similar al visto en la “*società per azioni*”. Nosotros, nos preguntamos hasta que punto puede admitirse la exclusión si se trata del objeto de la Cooperativa.

¹²¹ VERRUCOLI, P: “*Cooperative*”, Enciclopedia del diritto, vol. X. AG, Milano 1962, pág. 578. Vuelve a referirse este autor al derecho del socio a valerse de los servicios de la empresa social y todos los derechos que estén en relación de instrumentalidad con éste. No es un derecho individual, indisponible por la mayoría... ésta que no puede disponer a título particular, puede modificarlo o excluirlo con una deliberación de carácter general. Los singulares actos o relaciones entre la sociedad y el socio que están conceptualmente separados y no influenciados por la existencia de la participación social (y luego pueden considerarse un producto o resultado

concepto de contrato del art. 1321¹²² del Codice Civile de 1942 -actualmente podría admitirse, a diferencia de lo manifestado por Verrucoli, que en materia asociativa existe un contrato asociativo, en el que cada socio es parte, y cuyo interés se suma al de los demás y se contrapone a éstos, si se admite la opinión favorable al contrato asociativo-. En este sentido, a diferencia de los partidarios de la teoría de la representación indirecta que se vera más adelante, VERRUCOLI¹²³ se refiere al acto debido como un acto complejo, que se celebra entre la sociedad y el socio, sin aludir a la relación de representación entre ambos y a la intervención de un tercero respecto del cual la Cooperativa actúa. Quizá ello se debe a que parte de un supuesto de Cooperativa de edificación en el que ésta es la encargada de la construcción de los inmuebles. Unos años más tarde, este mismo autor, en la Enciclopedia del diritto¹²⁴, se refiere, con relación a la ausencia de partes, a que la sociedad cooperativa actúa “institucionalmente” en el interés de otra, el socio. No alude, todavía, a la posibilidad de que se trate de una representación, pero continúa con la idea de que no existe contraposición de partes, tratándose de un acto debido, aunque se refiere al mismo como negocio “sui generis”¹²⁵.

del desarrollo de ésta), son de la competencia exclusiva del socio y no están sujetos a ningún poder de disposición de la Asamblea

¹²² Art. 1321 : “Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”.

¹²³ VERRUCOLI, P : “La società cooperativa”... cit, pág. 135 y 136, en relación a la naturaleza jurídica de la Cooperativa : En las **cooperativas de edificación** la relación se desarrolla por grados y en forma singular, que son el resultado de la consolidación progresiva de la expectativa del socio respecto a un dato bueno - la vivienda - y de la relativa creciente prevalencia del aspecto patrimonial con un contenido determinado, pero en general puede decirse de toda la actividad negocial entre la sociedad y el socio aquello que se ha dicho a propósito de una cooperativa de consumo, y es que falta en esta actividad una verdadera y propia contraposición de partes, mirándose siempre al interés del socio, cuyo consentimiento a la recepción de la prestación no es obligatorio. más que de contrato se debería hablar de acto debido de la cooperativa al socio, mediante el cual éste realiza el derecho (social) a ser - mediante la organización cooperativa - el empresario de sí mismo. Que los sujetos interesados - sociedad y socio - apliquen en concreto, en el cumplimiento de esta actividad, contratos típicos, esto puede determinarse y configurarse como consecuencia de la necesidad de aplicar una disciplina típica a los complejos actos o relaciones.

¹²⁴ VERRUCOLI, P : “Cooperative”... cit, pág. 569 : “Manca, infatti, la contrapposizione delle “parti” di cui all’art. 1321 CC, in quanto una di esse - la società cooperativa - agisce “istituzionalmente” nell’interesse dell’altra (il socio)”.

¹²⁵ VERRUCOLI, P : “Cooperative”... cit, pág. 569 : la determinación del “precio” de la prestación representa una combinación de dos posiciones de intereses formalmente opuestas y en vez de substancialmente confluentes, es la

Además, se manifiesta en contra de considerar la participación del socio en los servicios como una obligación, aunque éste deba colaborar con los demás y en ocasiones sea incitado, e incluso obligado a desarrollar esta participación¹²⁶. Actualmente no hay duda, al menos en la doctrina española y en nuestra normativa, sobre la consideración de esta participación como derecho y obligación de los socios. VERRUCOLI Y MOSSA se refieren en varias ocasiones al servicio cooperativo como una prestación accesoria¹²⁷. Esta calificación o denominación es una expresión de la consideración de acto debido de la misma, y como tal dependiente de un negocio jurídico, aunque no está claro que se excluya la posibilidad de que se convierta en un negocio jurídico independiente, y formalmente lo admite en ocasiones. En relación con las Cooperativas de edificación manifiesta que no puede ser calificado jurídicamente sino como una obligación accesoria

resultante de la composición del interés del socio con aquel de los otros socios... Faltando por tanto el fundamento substancial típico del contrato, es necesario ver, en la realización de las prestaciones mutualísticas cooperativas, un **negocio sui generis**, calificable como ACTO DEBIDO de la cooperativa al socio, que realiza el derecho del socio mismo, sea porque se refiere a la predisposición de cumplimiento del acto (desarrollo de todas las operaciones precedentes, y búsqueda y adquisición de parte de la cooperativa...), sea porque concierne al cumplimiento mismo. Puede hablarse propiamente de un acto debido que realiza una asignación de bienes (entendida esta palabra en el sentido más lato) a los socios, previo consenso de éstos. Al respecto hay que decir que, en lugar de un fenómeno contractual, repetido o no, si hay un cumplimiento o una sucesión de actos de cumplimiento de parte de la Cooperativa al socio, configurándose la manifestación de voluntad de estos como acto de solicitud o individualización de la prestación

¹²⁶ VERRUCOLI, P: "Cooperative"... cit, pág. 579: Afirma que el beneficio del socio se determina en colaboración con los demás, colaboración que es esencial para lograr el fin común... en ocasiones los socios pueden ser no sólo incitados sino obligados a valerse del servicio de la empresa, si bien el disfrute de la empresa social es un derecho, para responder a esta exigencia es necesario configurar la obligación de colaboración como una prestación accesoria a la que precisamente el socio está sujeto... pero esto no debe confundir porque está claro que el socio entra en la Cooperativa para adquirir un derecho no una obligación. Se cita la prestación accesoria en la Cooperativa de edificación como un caso de prestación accesoria de dinero (amortización del bien, administración, mantenimiento y extinción del pasivo social).

¹²⁷ VERRUCOLI, P: "Cooperative" ... cit, pág. 551: "assicurare la partecipazione dei soci all'attività d'impresa, nell'interesse personale e collettivo di essi ; poichè la gestione cooperativa è gestione di servizio, anziché di resa, è infatti chiaro che l'ordinamento della società cooperativa deve garantire, e addirittura presupporre, tale partecipazione del socio all'attività d'impresa ; quindi, riconoscergli questo diritto, salvo a determinare anche, se necessario (per mezzo della figura delle prestazioni accessorie, come si vedrà), il suo obbligo di collaborazione nell'interesse della collettività organizzata, allorquando appunto tale sua collaborazione sia in rapporto strumentale diretto rispetto al vantaggio cooperativo del complesso dei soci". Respecto a este principio de participación del socio en los servicios de la Cooperativa y su proyección en la sociedad el autor afirma, en la pág. 552, que en función de él se ordena de forma democrática la estructura de la sociedad, prescindiéndose de la participación en el capital como medida para determinar la utilización de los servicios de la cooperativa por el socio.

En este sentido, algunos autores como MOSSA, en su "*Trattato del nuovo diritto commerciale*". Vol. IV. Cedam, Padova 1957, pág. 120 y ss, afirman que la **distinción entre la società per azioni y la cooperativa** radica en

a otras fundamentales del otorgamiento, respecto de las que es afín por el contenido pero distinta por la función, estructura y disciplina..., podría verse como un crédito de los socios, que puede hacerse valer en las confrontaciones con la sociedad..., compensándose eventualmente dicho crédito con el deber del socio a la responsabilidad subsidiaria¹²⁸.

Una vez conocida y planteada resumidamente la visión de Verrucoli, que desarrolla y aplica la teoría del acto debido a la prestación accesoria de las Cooperativas, creemos necesario esbozar la visión de este concepto dentro de la teoría general del Derecho de obligaciones italiano, y el reflejo que tiene en nuestro Derecho de obligaciones, para posteriormente admitir o no que la adjudicación de vivienda al socio sea un acto debido. Como veremos, en otros países la cuestión podría también plantearse aunque a diferencia del nuestro –en que la Cooperativa no adquiere la propiedad de lo aportado–, tanto en Italia como en Francia la Cooperativa adquiere la propiedad de lo edificado y la transmite al socio, lo que puede ser entendido como acto debido y/o como negocio jurídico independiente, y determina que la solución adoptada sea distinta, como así veremos en otro apartado.

2.1.2. La doctrina italiana sobre el acto debido.

La doctrina italiana ha desarrollado de forma completa la teoría del acto debido, sobre la base de la clasificación alemana entre negocios jurídicos dependientes e independientes. CARNELUTTI¹²⁹ fue el introductor de la misma, al clasificar en distintas categorías los

que las primeras las acciones son fundamentales, aunque puedan existir prestaciones accesorias, mientras que en las segundas la prestación accesoria es básica, siendo el capital simbólico.

¹²⁸ VERRUCOLI, P.: “*La società cooperativa*” ... cit., pág. 273.

¹²⁹ La diferencia entre el negocio y el acto jurídico estriba en que en el primero el efecto jurídico es un acto permitido por la Ley, y en el segundo es un acto que la Ley ordena. Dentro de los actos jurídicos, el acto ilícito provoca el efecto de violentar la Ley, frente al acto debido que es en sí mismo la obediencia a la Ley. Además, según este autor, mientras que el negocio jurídico consiste en una declaración de voluntad del hombre, en el cumplimiento como acto debido, frente a la violación de la obligación o acto ilícito, el poder de cumplir no es

negocios jurídicos de los actos jurídicos, entendiendo incluidos en éstos, los actos ilícitos y los actos debidos u obligatorios. Es un acto debido el cumplimiento de la obligación, con eficacia extintiva, dentro de la categoría de operación¹³⁰.

En nuestro país algún autor, como BELTRÁN DE HEREDIA, J, manifiesta que los actos debidos se caracterizan por su dependencia respecto de una obligación -en cuyo

una declaración de voluntad, no existe una voluntad jurídica libre. CARNELUTTI, F : “*La prova testimoniale del pagamento*” en Riv. Dir. Commerciale 1922.1º, pág. 338-9. En relación a una sentencia que comenta el autor, se plantea éste la cuestión de la **naturaleza del pago**. Así, excluye su calificación como negocio jurídico y como contrato, inclinándose por la de acto jurídico. Se trataría de un acto jurídico bilateral constituido por la suma de dos actividades : pago del deudor y recepción del acreedor. De estos dos elementos se afirma que el pago del deudor es un acto debido y no un negocio jurídico o contrato.

Este comentario dio lugar a POLÉMICA, ya que otros autores como CARLO LONGO se mostraron en favor de considerar una noción de negocio jurídico en que se incluyeran las declaraciones de voluntad espontáneas y obligadas desde el punto de vista jurídico, no psicológico. Ello incluiría al pago dentro de los negocios jurídicos y no de los actos debidos (acude a supuestos prácticos para demostrar la ineficacia del planteamiento de Carnelutti : por ejemplo, si un testador encarga una compraventa entre sus herederos, por la obligatoriedad de ésta, no nos encontraríamos ante un negocio jurídico sino ante un acto debido, con las consecuencias perjudiciales que afectarían, entre otros temas, a las normas aplicables, a diferencia de una compraventa sin este origen, que se considera sin problemas negocio jurídico independiente. En cambio, desde la perspectiva de Carlo Longo, esta compraventa sería un negocio jurídico por tratarse de una declaración de voluntad psicológicamente libre) : CARLO LONGO: reseña sobre Fasc. 19 p. 881, F. Carnelutti. “*La prova testimoniale del pagamento*”, Rivista Diritto Civile 1922, pág. 505 y ss., pág. 505-6.

En contestación a las afirmaciones anteriores, CARNELUTTI se mantiene en sus manifestaciones y considera esta polémica interesante. Así, intenta también explicar los supuestos mixtos planteados por Carlo Longo. Parte el autor de la tripartición de los actos jurídicos, antes citada, entre negocio jurídico como ejercicio de un derecho, contrapuesto a acto ilícito o violación y al cumplimiento de la obligación. Admitiendo que la obligación y el derecho son irreconciliables desde el punto de vista absoluto, pueden llegar a mezclarse. Dicho encuentro parece que se produciría en el terreno de la obligación, en la que no se produce ejecución forzosa. Plasma la idea precedente mediante el análisis de varios supuestos : negocio jurídico que es acto debido, y negocio jurídico que es un acto ilícito. El primer supuesto, que es el que a nosotros nos interesa, es una compraventa mediante la que se cumple una obligación y con la cual se ejercita un derecho. La interferencia de ambas figuras : negocio jurídico y acto debido no implica, según el autor, una identificación entre ambos en función de considerar que se trata de declaraciones de voluntad, puesto que se trata de zonas grises intermedias entre ambas figuras, y esto es lo que debería demostrarse junto a la investigación acerca de la configuración del acto debido como negocio jurídico como posibilidad real cuando la obligación sea susceptible de ejecución específica : CARNELUTTI, Riv. Dir. Commerciale 1923.1º, pág. 354

La solución al problema planteado anteriormente podría solventarse con la admisión de esta dualidad de aspectos en algunas situaciones : acto debido desde el punto de vista de la obligación, y negocio jurídico como ejercicio de un derecho, que podría desvincularse de la obligación que ocasionó su nacimiento. Algo similar al supuesto práctico planteado por estos autores ocurre en la prestación de vivienda de la cooperativa al socio, si se entiende ésta como cumplimiento de una obligación de la cooperativa y negocio jurídico independiente.

¹³⁰ CARNELUTTI, F : “*Teoría general del derecho*”. Edersa, Madrid 1955, pág. 290. En esta obra posterior, CARNELUTTI define los actos jurídicos como actos voluntarios del hombre, sujeto de la relación jurídica : incluidos dentro del género hecho jurídico. Se incluye el acto debido dentro de los actos jurídicos intransitivos, en los que se resuelve el deber o sujeción frente al poder (actos jurídicos transitivos). En estos actos intransitivos pueden distinguirse tres especies en función de que hagan referencia a la obligación o a la carga : debidos, ilícitos y necesarios. Ya este autor en obras anteriores, mantenía que la obligación, como situación jurídica pasiva (distinta de la responsabilidad y la carga), da lugar al acto debido, entre otros. Además, el acto debido no implica declaración de voluntad (para lograr determinado interés), sino simplemente manifestación. También en CARNELUTTI, F : “*Sistema de Derecho Procesal Civil*”, tomo I. Uteha, Argentina 1944, pág. 68 y 70.

cumplimiento se ejercitan- que provoca un estado de presión psicológica en el agente, y por la voluntariedad en la ejecución, pero no sobre los efectos jurídicos¹³¹.

En otro sentido, BETTI¹³² se manifiesta en favor de una nueva clasificación, distinta de la de Carnelutti, puesto que el criterio que éste emplea no es homogéneo; dicha clasificación opondría los negocios jurídicos y las providencias a los actos debidos (llamados satisfactivos) e ilícitos. BETTI¹³³ se refiere inicialmente al pago como ejemplo de acto debido dentro de los actos jurídicos de satisfacción de intereses por ejecución de una tutela jurídica concreta, frente a los actos que dictan reglas disponiendo dicha tutela jurídica, y no hace ninguna referencia a si son independientes o no. Posteriormente¹³⁴ vuelve a hablar de “lo debido” dentro del contenido de la obligación, no como tipo de acto sino como deber jurídico del sujeto pasivo en la categoría de la conducta, de acuerdo con la relación entre débito y responsabilidad dentro de la relación obligatoria. Esta visión es más acorde con la planteada por Carnelutti.

¹³¹ Estas son las conclusiones a las que llega Beltrán de Heredia respecto a la teoría del acto debido. Afirma este autor que el cumplimiento no es un acto debido, manifestándose en favor de la opción de acto jurídico humano voluntario. BELTRAN DE HEREDIA, J: “El cumplimiento de las obligaciones”. Edersa, Madrid 1956, pág. 111 a 125.

¹³² BETTI, E. sobre F. Carnelutti, “Teoria generale del reato”. Padova, CEDAM 1933, Rivista Diritto Commerciale 1933, I^o, pág. 837.

¹³³ BETTI, E.: “Teoria general del negocio jurídico”. (traducción de A. Martín Pérez). Edersa, Madrid 1959, pág. 19: “Bajo el aspecto funcional del poder que en ellos se ejerce, los actos jurídicos se pueden distinguir según que dicten reglas a intereses relevantes para el Derecho, disponiendo de la respectiva tutela jurídica, o bien provean a su satisfacción, actuando la tutela de que ya gozan... los actos de la segunda categoría pueden calificarse, por contraposición, de actos de satisfacción, en el sentido de comprender, no sólo actos consensuales y debidos, como el pago (no felizmente caracterizados como “intransitivos”) (Carnelutti, sistema II, 69 f, Teoria generale del diritto, 109), ya que afectan igualmente la esfera jurídica ajena, sino también actos forzados...”.

¹³⁴ BETTI: “Teoria general de las obligaciones”. (traducción de De los Mozos). Edersa, Madrid 1969, pág. 270 y ss: “el concepto lo debido. Entendido en sentido subjetivo, lo debido entra en la categoría más general del deber jurídico; y ésta, a su vez, en la categoría todavía más general de conducta, deber tener en el futuro una conducta determinada... creado por una norma.... Este precepto pesa sobre el comportamiento de esa persona y le incumbe como una exigencia que reclama cumplimiento. El deber jurídico se diferencia de los otros deberes por esto: que es creado, o al menos reconocido en algún modo, por una norma de Derecho, la cual se concreta en una relación jurídica entre dos personas determinadas. El deber jurídico no es otra cosa que la expresión subjetiva de tal relación por el lado pasivo; y el sujeto pasivo al que incumbe el deber, se le llama deudor... La conducta debida, en cuanto que es concebida como un hecho o suceso que entra dentro del poder y del deber no simplemente de la facultad - del sujeto pasivo de la relación jurídica, constituye en general el contenido de una obligación.”

También PUGLIATI¹³⁵, en su monografía sobre la ejecución forzosa, refiriéndose a la relación jurídica obligatoria, vincula el acto debido con el cumplimiento voluntario por el obligado -el cumplimiento que se realiza por un acto debido presupone la existencia de un negocio jurídico o directamente por un negocio jurídico-, en oposición al cumplimiento voluntario por un tercero y la ejecución forzosa. Con relación al acto debido, dentro del cumplimiento citado, referido expresamente a las obligaciones de dar, distingue este autor un doble efecto simultáneo que puede producir confusión¹³⁶, la duplicidad de efectos que se produce con la extinción de la obligación, y el traspaso del objeto de un patrimonio a otro, lo que puede inducir a confusión entre este acto y los negocios jurídicos traslativos. La diferencia entre ambos radica en que el traspaso de la cosa sea un fin en sí mismo -negocio traslativo-, o un medio para conseguir otro fin -acto debido como cumplimiento de una obligación de dar-. Por lo que se refiere a las Cooperativas de viviendas, teóricamente la adjudicación de vivienda puede entenderse como una etapa para el logro del objeto principal del negocio jurídico de constitución de la Cooperativa, la utilización de los servicios cooperativos. Sin embargo la realidad

¹³⁵ PUGLIATI, S.: "*Esecuzione forzata e diritto sostanziale*". AGI, Milano 1935, pág. 14 y 22: Afirma el autor que mediante el cumplimiento voluntario o mediante la ejecución coactiva se obtiene el mismo resultado: la extinción de la obligación... Es diverso el medio por el que se obtiene el resultado porque mientras el cumplimiento voluntario viene efectuado por un acto jurídico (acto debido), la ejecución coactiva presupone un proceso que culmina con una providencia, es decir con otro acto jurídico de naturaleza distinta.

¹³⁶ PUGLIATI, S.: "*Esecuzione forzata e diritto sostanziale*"... cit, pág. 18: En las obligaciones de dar tiene lugar un traspaso de cosa del patrimonio del D al A. Este traspaso, además de la extinción de la relación obligatoria, puede producir la disolución de una relación jurídica de naturaleza real en el deudor y la unión de una relación de la misma naturaleza para el acreedor. Este doble efecto simultáneo deriva del acto jurídico debido por el que se tiende a extinguir la relación obligatoria: no es efecto típico de un negocio autónomo, es decir de un traslado o transferencia como fin a sí mismo. En otras palabras, que tiene efectos analógicos idénticos a aquellos de la transferencia, no tiene el esquema jurídico de transferencia, no derivan de un negocio jurídico traslativo, pero son más bien reflejo de la actividad desplegada para la extinción de la relación obligatoria. El negocio traslativo existe cuando se quiere única y directamente producir el traspaso del derecho: no cuando este traspaso es el medio para conseguir otro fin, no sólo, que no constituye un momento típico, con su autonomía jurídica, sino solo una etapa para conseguir aquel fin. Dentro de los negocios jurídicos traslativos típicos (venta, donación...) la ley prevé también expresamente la figura del acto debido (pago) que tiene por objeto transferir la cosa pagada al acreedor, el cual, suponiendo una transferencia, no deja de ser un pago... El acto debido es el acto con el cual se cumple la obligación típica naciente de una determinada relación jurídica y por eso es la causa de extinción de la relación misma... el acto debido no es jurídicamente libre... cumple una obligación... comprende también el traspaso de un objeto del patrimonio del deudor al acreedor... tanto si se trata de una simple transmisión de la posesión como si se trata de una transferencia de la propiedad.

práctica puede llevarnos a esquemas distintos porque, aunque inicialmente la adjudicación sería el cumplimiento o consecución del fin cooperativo -acto debido-, una vez asumida y convenida por ambas partes esta adjudicación, podría tener una entidad que provoque la independencia de la misma como fin en sí misma, lo que podría llevarnos a la admisión de su naturaleza de negocio jurídico independiente, sin olvidar que también se trata del cumplimiento voluntario de una obligación.

2.1.3. El acto debido en el derecho de obligaciones; el pago o cumplimiento como principal supuesto: doctrina española.

Por lo que se refiere al estudio de nuestra doctrina científica, podemos partir de la consideración de acto debido que al respecto aporta DE CASTRO "*Actos de cumplimiento o actos debidos, por ejemplo, al entregar o recibir lo que se debe, cuya plena eficacia depende de la capacidad y voluntad de la persona*"¹³⁷". Parte de la doctrina mantiene que tales actos son dependientes de otro negocio jurídico, y las consecuencias y derechos que se derivan tienen su causa en el negocio jurídico del que depende el acto debido. Se citan como supuestos, la obligación¹³⁸ - art. 1160 y 1162 -, y el testamento¹³⁹ - art. 870.2º y 885 -. También se cita como ejemplo de acto debido, que

¹³⁷ DE CASTRO, F: "*El negocio jurídico*"... *cit.*, pág. 40. De este tipo de actos afirma el autor su carácter negocial, dentro del ámbito de la autonomía privada, lo que ha llevado a algunos autores a calificarlos de negocios jurídicos: aunque carecen de independencia y de fundamento de la relación negocial como título de los derechos que originan, lo que les distingue del negocio jurídico. Los supuestos del CC que se citan como actos debidos son los de los artículos 1160 y 1162 en relación al pago de las obligaciones, 870.2º sobre el legado de crédito contra tercero y 885 relativo a la entrega de los legados por el albacea de la herencia.

¹³⁸ Respecto al pago, se califica como acto debido, que surge y depende de la obligación principal. El pago o cumplimiento ejecuta la disposición efectuada en la obligación principal, no es negocio es acto debido BIERCOVITZ, R: "*Comentarios al Código Civil*"; dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, art. 1160 y ss., tomo XVI, vol. 1º. Edersa, Madrid 1991, pág. 69 y ss.; y Ministerio de Justicia, tomo II. Madrid, 1991, pág. 175 a 187. Cita a Beltrán de Heredia, J: "*cumplimiento de las obligaciones*" Edersa, Madrid 1956, pág. 143, que afirma que el cumplimiento no es un acto de disposición sino de ejecución de una disposición ya realizada.

¹³⁹ En relación al legado de crédito contra tercero se produce, no una verdadera cesión, sino el otorgamiento de documentos o puesta a disposición del crédito a favor del legatario. En este supuesto, el acto debido surge en favor del legatario y a cargo del heredero, y tiene su raíz en el testamento otorgado por el causante. (la opinión anterior no es unánime en la doctrina, puesto que otros autores estiman que el heredero cede el crédito al legatario OSSORIO SERRANO, J.M: "*Comentarios al Código Civil*"; art. 870 y ss., tomo I. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 2132). Sin embargo el supuesto del art. 885 es mucho más claro. Se refiere a la exigibilidad de entrega de los legados al heredero. El heredero transmite la posesión de la cosa legada, puesto

se realizan en acatamiento de un deber jurídico, la prestación de alimentos¹⁴⁰. ALBALADEJO¹⁴¹, adhiriéndose a esta opción, afirma, respecto a los actos debidos, que son los que “*se realizan en cumplimiento de un deber jurídico o de una obligación... el ser debidos o libres se refiere a que la conducta del sujeto sea exigida o no por el Ordenamiento con necesidad jurídica*”. Los actos debidos son voluntarios, porque el que los hizo pudo no hacerlos, al margen de que hubiese dado lugar al cumplimiento forzoso (respecto a la voluntariedad no hay unanimidad porque otros autores manifiestan claramente que es obligatorio).

Otros autores, sin embargo, se inclinan hacia la consideración de tales situaciones como verdaderos negocios jurídicos. La polémica sobre la consideración de los actos debidos como negocio jurídico autónomo o bien dependiente de otro, ha aflorado especialmente con relación al pago o cumplimiento. De tal forma muchos autores la recogen¹⁴²,

que la propiedad la tiene el legatario transmitida por el causante. No es un acto de disposición del heredero, porque no tiene la propiedad de la cosa, se trata de un acto que le es exigible en virtud de la voluntad del causante manifestada en el testamento, tanto en los legados con efectos reales, como en los obligacionales: ALBALADEJO GARCÍA, M: “*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*”, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, art. 870 y 885, tomo XII, vol. 1º, Edersa, Madrid 1997, pág. 230 y 398 y ss.

¹⁴⁰ ALBALADEJO, M: “Derecho Civil I”, vol. 2º... *cit.*, pág. 131.

¹⁴¹ ALBALADEJO, M: “*El negocio jurídico*”... *cit.*, pág. 25-26. Cita como ejemplos el pago en cumplimiento de una obligación y el pago de la prestación de alimentos. ALBALADEJO GARCÍA, M: “Derecho Civil I”. Vol. 2º, Bosch, Barcelona 1996, pág. 125 y ss: Afirma que el acto debido no tiene necesariamente carácter negocial, pero puede tenerlo.

¹⁴² DE CASTRO, ALBALADEJO y BERCOVITZ en notas 137, 138 y 140. DIEZ PICAZO, L: GULLÓN BALLESTEROS, A: “Sistema de Derecho Civil”. Vol. II. Tecnos, Madrid 1995, pág. 178, DIEZ PICAZO, L: “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”. Tomo II. Civitas, Madrid 1996, pág. 472 y ss.; DIEZ PICAZO, L Y GULLÓN, A: “Instituciones de Derecho Civil”. Vol I/I. Tecnos, Madrid 1998, pág. 306: El pago es acto debido, no negocio jurídico, es acto jurídico que produce efectos legales previstos en la norma, al margen de la intención del autor. Los efectos del acto jurídico son obra de la norma jurídica, a diferencia del negocio en que los efectos son autorregulados por las partes. ORDUÑA MORENO, J: “Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos”. Redactado por BLASCO GASCÓ, CAPILLA RONCERO, LÓPEZ Y LÓPEZ, MONTÉS PENADÉS, ORDUÑA MORENO, ROCA I TRÍAS, VALPUESTA FERNÁNDEZ. Tirant lo Blanch, Madrid 1998, pág. 140: “*A caballo entre la teoría del hecho jurídico y del acto jurídico, por representar en todo caso un acto humano con su correspondiente presupuesto volitivo, el pago entraría a formar parte de los llamados actos debidos... Frente a este planteamiento se han formulado recientemente otras teorías que tienen como común denominador el incidir sobre el plano de la voluntad de las partes para llegar a una concepción negocial del pago... cumplimiento como negocio jurídico bilateral o contrato de cumplimiento (opinión no compartida por el autor)... el pago no se presenta como un acto soberano o aislado sino que, por el contrario, su previsión normativa como un eslabón cualificado en el complejo engranaje de la dinámica obligacional, esto es, como una de sus alternativas posibles, hace que su naturaleza jurídica responda más bien a esa nota de instrumentalidad propia de la noción de “función” en la medida que sus principales efectos ya vienen previamente determinados en*

admitiendo la calificación del cumplimiento como acto debido subordinado al negocio jurídico que dio origen a la relación obligatoria¹⁴³ -incluso en los casos en que se trate de entrega de cosa o tradición-, o como negocio jurídico o acto jurídico en función del tipo de obligación, de hacer, no hacer o dar¹⁴⁴. La calificación del cumplimiento como hecho jurídico no es objeto de un amplio desarrollo, excepto en algunos casos. Al igual que planteaban Verrucoli y Pugliati, también en nuestro país se ha planteado la posibilidad

consideración a los presupuestos constitutivos de la relación obligatoria, especialmente en atención tanto a los principios y reglas que la informan como a la reglamentación manifestada por la voluntad de las partes. Por eso, en expresión feliz de CARNELUTTI, el pago corresponde a la categoría general del acto debido, pues aunque normalmente presuponga el aspecto volitivo de las partes, consecuencia y finalidad de cumplir como aceptación de lo realizado, no se trata de un acto libre y espontáneo, sino de un acto subordinado al programa de prestación previsto en la relación obligatoria...

La polémica suscitada entronca con la concepción que se tenga acerca del negocio jurídico. Si por tal se entiende un concepto relativo en donde lo característico es la mera concurrencia de varias declaraciones de voluntad tendentes a producir efectos jurídicos, entonces es posible sustentar que en el aspecto subjetivo del cumplimiento se da dicha nota al concurrir tales voluntades. Si, en cambio, se adopta un concepto más estricto de negocio jurídico... como autonomía reglamentación de intereses querida por las partes, entonces la teoría negocial de pago queda huérfana de contenido, dado que dicha reglamentación ya quedó manifestada por las partes en el negocio jurídico que dio origen a la relación obligatoria.” Además manifiesta que los casos de tradición de derechos reales son ejecución del negocio jurídico antecedente, de la prestación debida. En el caso de las Cooperativas de viviendas, la adjudicación en sentido estricto es parte de la tradición, como reconocimiento de la propiedad, aunque deriva.

¹⁴³RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ, J.L.: “Elementos de Derecho Civil II”, redactado por LACRUZ, SANCHE, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS. Vol. 1º. Bosch, Barcelona 1994, pág. 140 y ss. Recoge este autor las principales teorías en relación a la naturaleza jurídica del cumplimiento: hecho, negocio y acto jurídico. Como matización dentro de la teoría del acto jurídico (voluntario y libre, pero no espontáneo del hombre) se cita la calificación como acto debido. “Finalmente, es característica del pago cierta coerción del ordenamiento a realizarlo: el deudor paga porque si no lo hace incurriría en responsabilidad, y sabe que en defecto de cumplimiento voluntario puede serle impuesto por la fuerza, o su equivalente. Es, pues, un “acto debido”, en expresión de Carnelutti. En cuanto tal, no será lo que el deudor quiera, sino que debe consistir precisamente en la prestación prevista en la obligación: el pago guarda, por tanto, una íntima relación de conexión con la obligación que pretende realizar: es la realización del “programa de prestación” en que la obligación consistía. De ahí, por tanto, también la relación que hay entre cumplimiento y el negocio que dio origen a la obligación correspondiente”.

¹⁴⁴Lo afirma PINTÓ RUIZ: “La naturaleza jurídica del pago”. En Rev. Jurídica de Cataluña 1949, pág. 223 a 245. Se manifiesta en favor de considerar al pago como acto debido (consciente no libre, obligatorio por estar constreñido por la obligación, producción de efectos jurídicos por la ley y no por la voluntad). Este autor estudia las distintas teorías relativas al pago y procede a excluirlas: negocio jurídico, hecho jurídico, teorías eclécticas.

También, en otro sentido, hace referencia a la naturaleza jurídica del pago NART: “El pago por consignación” en Rev. Derecho Privado. 1951, pág. 206 a 213. El autor se refiere a la doctrina italiana, de la que afirma que se olvidaron de que no todo negocio jurídico bilateral es contrato y acudieron a la doctrina del acto debido “que como tal no sería nunca un negocio, sino el ejercicio de un derecho para el cumplimiento de un deber”. Así, el pago será un hecho jurídico positivo o negativo en las obligaciones de no hacer, y un negocio jurídico unilateral en las de hacer y bilateral en las de dar. En relación a las obligaciones de hacer derivadas del contrato de obra, este autor mantiene que “en el fondo se resuelven en un dar, porque aquel hacer no es más que el medio del resultado, que es el que se debe y el que se ha de entregar”. Resume la llamada teoría negocial limitada sobre el pago DIEZ PICAZO, L.: “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”. Tomo II. Civitas, Madrid 1996, pág. 472 y ss.

que exista un negocio jurídico de adjudicación, como veremos en el siguiente apartado¹⁴⁵.

Con relación a la cuestión principal, no hay unanimidad respecto a la consideración del cumplimiento como acto jurídico debido y dependiente o negocio jurídico independiente. La mayor parte de la doctrina se muestra en favor de la dependencia, obligatoriedad en función del negocio jurídico, con efectos jurídicos establecidos por la ley y no por la voluntad de las partes -aunque éstas tienen voluntad para cumplir lo debido o no, en cuyo caso les sería exigible mediante ejecución forzosa-. Es destacable, a los efectos de relacionar esta teoría con la adjudicación de vivienda, la posibilidad planteada por la doctrina italiana sobre la llamada zona gris, o situaciones intermedias, que responden conjuntamente a actos debidos como el cumplimiento y negocios jurídicos que se independizan, *generalmente producidas por situaciones complejas que surgen por el cumplimiento de un deber, acto debido, pero que en sí mismas son un negocio jurídico que puede independizarse de aquel en base al cual surgieron*.

La realidad es que, al margen de la posición que se adopte respecto del cumplimiento –o de otros supuestos- como acto debido o negocio jurídico independiente, o de ambos en los casos dudosos, lo que es posible en teoría, la actividad o servicio cooperativo es especial, y puede considerarse tanto como consecuencia o cumplimiento de un negocio jurídico principal, como inicialmente dependiente que pasa a ser autónomo. Debemos analizar esta posibilidad aplicada a las Cooperativas de viviendas, tal y como se entienden en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que la opción italiana del acto debido parte de presupuestos diferentes a los nuestros, como es la propiedad de lo aportado para la obtención de la vivienda a favor de la Cooperativa.

¹⁴⁵ Ver nota a pie 125, 136 y 146. Negocio jurídico entendido como supuesto excepcional ha sido también estudiado

2.1.4. Posibilidad de aplicar la teoría del acto debido a la prestación de vivienda al socio cooperativo en las Cooperativas de viviendas en nuestro ordenamiento jurídico. Distinción según los supuestos estudiados y las etapas durante las que dicha prestación se produce.

Tras plantear las principales notas del servicio cooperativo como acto debido, de acuerdo con las diversas opiniones doctrinales al respecto, vamos a proceder a su estudio con relación a la adjudicación de vivienda. En el análisis de la adjudicación de vivienda como acto debido podrían distinguirse dos posibilidades: la consideración del acto debido como dependiente de un negocio jurídico o como negocio jurídico independiente; la primera es la opción mayoritariamente admitida, y será la que tengamos en cuenta. Este análisis, aunque parezca excesivamente teórico, puede ser útil para dilucidar las relaciones jurídicas que surgen entre los sujetos que intervienen, y realizar una primera aproximación al concepto de adjudicación.

Admitiendo la visión de DE CASTRO y partiendo de que los requisitos del acto debido son la dependencia de otro negocio jurídico, la voluntariedad en su cumplimiento y la exigibilidad en caso de que no se cumplan, deberíamos plantearnos la inclusión del acto de adjudicación de la vivienda al socio en esta categoría. La estructura que se establecería sería, considerar como negocio jurídico, el contrato de constitución de la Cooperativa, y como acto debido dependiente del primero, la adjudicación de la vivienda de la cooperativa al socio, cuyos efectos se retrasan a un momento posterior, cuando la vivienda en cuestión exista.

Pretendemos estudiar la aplicación de los caracteres del acto debido a la adjudicación de vivienda, la dependencia, voluntariedad y exigibilidad.

La dependencia de la adjudicación de vivienda de un negocio jurídico principal, nos llevaría, aunque ninguno de los autores partidarios del acto debido lo concreta, al

por Carnelutti y Carlo Longo en relación al pago o cumplimiento de las obligaciones. En nota a pie 129.

negocio jurídico de constitución de la Cooperativa. Aunque inicialmente puede admitirse, nos encontraríamos ante un problema previo, porque la adjudicación de vivienda implica además una adquisición de la propiedad de la misma, y requiere un título y modo adecuados. El negocio jurídico de constitución de la cooperativa no es apto para transmitir el dominio, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, y además la actividad o servicio cooperativo y la aportación para la obtención del mismo, la vivienda, no ingresa ni en el capital ni en el patrimonio social de la Cooperativa. Esta circunstancia añade un importante problema al planteamiento, al no existir nexo de unión entre el negocio jurídico de constitución y la adquisición de la propiedad de la vivienda. Sin embargo, ello no implica que el planteamiento de acto debido deba abandonarse, porque podría admitirse que la obligación de la Cooperativa de proporcionar vivienda al socio es un acto debido, derivado de la obligación contraída en el momento de constitución de la misma, sin que sea necesariamente la Cooperativa quien transmita la propiedad de la vivienda, que simplemente la proporciona, transmisión que depende de la obligación contraída. Aunque no lo parezca, la idea del acto debido se encuentra en la línea del acto cooperativo respecto a la especialidad de la figura.

Así, podría admitirse como posibilidad que la propia adjudicación o reconocimiento cooperativo es un acto debido que tiene su origen en el negocio jurídico de adjudicación esbozado en las normas cooperativas, que precisa la aplicación de las notas de ciertos contratos, además de las generales de obligaciones y contratos; negocio jurídico de adjudicación que se independiza del de constitución de la Cooperativa. El negocio jurídico independiente de adjudicación tendrá lugar entre la Cooperativa y el socio, siendo su objeto y causa la prestación de la vivienda al socio obligado al abono de la misma. En este caso, podría considerarse acto debido el cumplimiento del deber de

adjudicación de vivienda, dependiente del negocio de adjudicación, y el negocio de adjudicación en inicio, dependiente del de constitución de la Cooperativa. La admisión de un negocio jurídico de adjudicación independiente del de constitución de la Cooperativa cuenta con algún fundamento teórico¹⁴⁶, y puede mantenerse sin olvidar que la adjudicación de la vivienda es el objeto y fin de la Cooperativa, y que la suerte de ambas va unida, salvo supuestos excepcionales –como es el caso de la figura de asociados, que aportan capital a la Cooperativa-. Afirmamos que la adjudicación depende del negocio de constitución de la Cooperativa, configurándose como derecho y deber del socio, derecho que llega a independizarse; y distinguimos el negocio jurídico de adjudicación de la “simple adjudicación” o entrega, como reconocimiento por la Cooperativa de la propiedad del soci. En cualquier caso el hipotético negocio jurídico de adjudicación, aunque sea independiente, siempre quedaría vinculado, unido o coligado al negocio jurídico de constitución de la Cooperativa. Si llegamos a averiguar si la ejecución de este negocio jurídico de adjudicación necesita además la división de la copropiedad formada por los socios sobre las viviendas, pensamos que en lugar de acudir a una nueva figura independiente, es preferible encajar el supuesto en las ya existentes que pueden ser válidas para ello. Y ello, especialmente, cuando la realidad, de la que no debemos olvidarnos, es que en nuestro ordenamiento jurídico puede interpretarse que la

¹⁴⁶ En relación a la naturaleza de las Cooperativas de viviendas se refiere expresamente a la adjudicación como base o núcleo de las mismas, afirmando que “*El término adjudicar es más preciso, y entendido como “Dar o conceder a alguien una cosa a la que tenía derecho o a la que aspiraba” es como se conoce el negocio jurídico por el que el socio adquiere la propiedad individual sobre la vivienda construida por la cooperativa*”: FAJARDO GARCÍA, G: “*La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios*” ... cit, pág. 96. En la pág. 99 distingue el negocio jurídico de adjudicación de la compraventa, como resultado de una actividad de gestión realizada por la Cooperativa, siendo los socios copartícipes, que concretan o materializan su cuota en la propiedad individual sobre la vivienda. En relación a la adjudicación asume las opiniones de Manrique Romero y Rodríguez Poyo - Guerrero y Aguilar, y considera que no existe una transmisión de la Cooperativa al socio, siendo la actuación de la primera instrumental. Apoya la tesis en las STS de la sala contencioso - administrativa sobre el Impuesto sobre el Incremento de valor de los terrenos. Manifiesta que los pagos hechos a cuenta del precio de la vivienda son propiedad de cada socio que se confunden con los demás pasando a un régimen de copropiedad, teniendo la Cooperativa una titularidad formal en orden a ejecutar la representación de los socios.

También en notas a pie 129, 142, 144.

adjudicación es el acto por el que se procede al reconocimiento de un derecho de propiedad sobre la vivienda, sin que deba confundirse la transmisión de la propiedad – por la entrega de la vivienda- con el hipotético negocio de adjudicación. No es claro el momento en que se celebra este negocio, la adjudicación como declaración de voluntad de la Cooperativa en el momento de inscripción o posteriormente. También debe distinguirse la adjudicación en general, como negocio jurídico, de la adjudicación como reconocimiento de la propiedad en el momento de entrega de la vivienda. La hipótesis del negocio jurídico de adjudicación podría provocar que la materia cooperativa, en cuestión de viviendas, escape a la regulación y el control ya previstos por el legislador, y tienda a la autorregulación. Dicha independencia podría llegar a lograr una figura específica pero en ningún caso autónoma, aunque la Cooperativa goce como persona jurídica de especialidad y autonomía. El estudio de esta posibilidad, el negocio de adjudicación, será objeto del siguiente apartado, siempre dentro del desarrollo de la teoría del acto debido, como variante de ésta.

Por tanto, podríamos contemplar la adjudicación desde dos puntos de vista, no excluyentes¹⁴⁷, como acto debido dependiente de cumplimiento de los derechos del socio a la prestación accesoria o utilización de los servicios sociales frente a la sociedad, y como negocio jurídico independiente que se desvincula de su origen. Así, entenderíamos la adjudicación como cumplimiento del negocio jurídico del mismo nombre, lo que puede admitirse, si es que se quiere dotar de entidad especial a la adjudicación de vivienda de la Cooperativa al socio, aunque no por ello evitaremos la especialidad en sus relaciones y en su actividad. El hecho de que se trate de un acto debido o un negocio jurídico no

¹⁴⁷ Acto debido desde el punto de vista de cumplimiento de la obligación, y negocio jurídico como ejercicio de un derecho que podría desvincularse de la obligación, como mantiene CARNELUTTI, en nota a pie 129.

interfiere sobre otra cuestión fundamental, como es la transmisión de la propiedad de la vivienda.

No está claro si son o no aplicables a la adjudicación de la vivienda, los caracteres de voluntariedad y exigibilidad del acto debido en caso de que no se cumpla, puesto que dependerán del momento en que nos encontremos. La obligación de prestar la actividad cooperativa puede materializarse cuando la persona jurídica se constituye, o bien respecto de cada socio con relación a su ingreso o en un momento posterior. Constituida la Cooperativa, y formando los socios parte de ésta, no es exigible a la Cooperativa el cumplimiento de este compromiso, su concreción, como compromiso de adjudicación de la vivienda concreta al socio, al menos en aplicación de las normas de la LC, aunque si le es exigible el derecho a la prestación accesoria, a la vivienda en general, lo que permite estimar la exigibilidad de la adjudicación en general. En función de la relación social existente entre la Cooperativa y el socio, si la Cooperativa no cumple con lo previsto, la actividad de proporcionar vivienda entendida en general, sin concretar todavía, éste puede separarse de la Cooperativa mediante la baja : art. 17 LC -32 LGC-, con la devolución de lo aportado o reembolso : art. 51 LC -80 LGC-, y puede también pedir la disolución de aquélla: art. 70 LC -103 LGC-, pero según la LC no tiene ningún medio o acción para exigir a la Cooperativa el cumplimiento del compromiso adquirido de adjudicación, excepto por la aplicación de las normas generales de cumplimiento de las obligaciones, artículos 1098, 1101, 1124 del CC, con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios y abono de intereses. En teoría, su situación es privilegiada puesto que por una vía u otra reclama su derecho¹⁴⁸. La obligación general de proporcionar vivienda se contiene en los Estatutos de la Cooperativa, y es asumido respecto de cada socio que

ingresa, por lo que debe ser cumplida, sin perjuicio de que la concreción de la vivienda sea posterior, y su reconocimiento pueda calificarse como acto debido. Esta visión de la situación tiene efectos, no sólo respecto a las obligaciones exigibles a la Cooperativa, sino también respecto a las de los socios, entre las cuales debe existir equivalencia y reciprocidad. Si la Cooperativa no cumple con lo previsto, el compromiso de adjudicación con cada socio, éste no le es exigible según la LC, pero tampoco el socio podría ser obligado a contribuir económicamente y aportar la prestación accesoria, pudiendo reclamarse ambos sobre la base de las normas generales de obligaciones; cuestión diferente es que ya hubiera realizado el socio su prestación, total o parcialmente. Algún autor¹⁴⁹ resalta que la asunción de este compromiso de Cooperativa y socio, respecto de la prestación accesoria debida, es instantánea desde el momento de ingreso en la Cooperativa. No puede alegarse, en perjuicio de la asunción instantánea, que existan casos en que esto no ocurra, especialmente cuando interviene una empresa gestora, y se produce la admisión como socio en una Cooperativa que todavía no va a empezar a funcionar -tiene dos años de plazo máximo de inactividad, según el art. 70.1.c LC -103.5º LGC-, tras los cuales la Cooperativa podrá disolverse; es una de las causas de disolución de la misma ; porque en tal situación, la Cooperativa debería responder del cumplimiento de la actividad cooperativa frente a los socios, en el sentido indicado. Distintas de lo anterior, aunque íntimamente conectado con ello, son las reservas de plaza en futuras Cooperativas de viviendas con abono de señal -no hay ingreso como socio-, en cuyo caso el incumplimiento de lo pactado provoca perjuicios económicos, sin

¹⁴⁸ En Italia también es así según afirma VERRUCOLLI, P. "*Cooperative*" ... cit, pág. 577. No olvidemos que incluso los aspirantes a socios tienen derecho a su inscripción en un libro en orden cronológico, orden que debe ser respetado.

¹⁴⁹ PAZ CANALEJO, N. en PAZ CANALEJO, N y VICENT CHULIÁ, F: "*Comentarios a la LGC*" ... cit, pág. 161. Opina que el derecho de participación en la actividad cooperativa nace de forma simultánea o inmediata a la condición de socio.

que a ninguno de los sujetos les interese obligarse en exceso, por lo que se limitarán a la devolución de la señal.

Como hemos visto, es cierto que la adjudicación reúne los caracteres de exigibilidad y voluntariedad en su ejecución, aunque sus efectos jurídicos vengán determinados en el negocio jurídico de constitución de la Cooperativa, por lo que sería un acto debido, dependiente del negocio jurídico de constitución de la Cooperativa, que llega a ser un negocio jurídico independiente. Concluyendo, sobre la base de la dependencia, voluntariedad y exigibilidad como notas del acto debido, es cierto que el derecho del socio a que le sea adjudicada una vivienda tiene su origen en el negocio constitutivo de la Cooperativa, como acto debido de cumplimiento de la obligación de prestar el servicio cooperativo, que puede llegar a ser un negocio de adjudicación independiente. Con relación a este esquema, se plantean dos problemas fundamentales, que más adelante serán tratados, como es que la transmisión de la propiedad de la vivienda, en nuestro ordenamiento jurídico, precisa un título adecuado y un modo, y que no puede admitirse que el negocio de constitución de un ente social sea título suficiente para transmitir la propiedad; y que la Cooperativa no es propietaria, ni transmite, sólo adjudica, aunque bastaría, como así hacemos, con diferenciar ambas cuestiones.

Vamos a manifestarnos respecto a los supuestos que previamente hemos esquematizado, y admitiendo que la adjudicación¹⁵⁰ es un compromiso derivado de las obligaciones contraídas por la Cooperativa respecto del socio, acto debido o independiente, recogido en sus Estatutos sociales según la LC –art. 11.1 b. y e.-, derecho del socio –art. 16.2.c- y causa de extinción de la Cooperativa –art. 70.1.c., al margen de quien sea el encargado de la obra de construcción de las viviendas, y de la gestión de la misma.

Podemos afirmar que sí la Cooperativa es quien gestiona, sea ella la que construya, o sea un tercero, la obligación de comprometerse a realizar la actividad cooperativa la asume aquélla respecto del socio. Si construye un tercero, además de la relación jurídica de adjudicación, se produce un contrato de obra o servicio con aquél, que es contratado por la Cooperativa como representante de los socios. La construcción, no material, realizada por la Cooperativa, implica la asunción de la posición jurídica del tercero constructor. Sin embargo, como ya dijimos al esquematizar los diferentes supuestos, este caso de Cooperativa autogestionada y sin intervención gestora es más bien teórico, con escasa relevancia práctica, aunque sea el contemplado por la LC y la teoría de la cooperación en general. Ello nos lleva a que, una vez planteado este supuesto, no continuemos insistiendo en exceso sobre el mismo.

La asunción del compromiso de adjudicación de vivienda a los socios se produce entre la Cooperativa y el socio, aún en el caso de que intervenga una empresa gestora en la promoción y constitución de la cooperativa, y ello al margen de quien construya, que es cuestión diferente; puesto que las relaciones jurídicas básicas continúan siendo las mismas, la adjudicación se produce entre la Cooperativa y el socio.

Una vez asumida respecto de cada socio la obligación de realizar la prestación accesoria en el negocio jurídico constitutivo de la Cooperativa, adjudicación de la vivienda al socio, y pago de las cantidades estipuladas para la obtención de dicho servicio cooperativo, el cumplimiento de ambas obligaciones es exigible por la otra parte, en virtud de este compromiso coetáneo a la constitución de la Cooperativa, cumplimiento que es un acto debido y da lugar a un negocio jurídico independiente. La adquisición de la propiedad de la vivienda y el pago total de la misma, simultáneos, se producirán en un

¹⁸⁰ En la redacción anterior: contenido de los Estatutos, art. 12. 4º, 5º y 8º LGC, y derecho del socio, art. 35 d LGC,

momento posterior, cuando se proceda a la entrega o adjudicación material (y escritura pública a que las partes pueden compelerse por tratarse de inmuebles) –como ejecución del negocio jurídico de adjudicación-, sobre la base del reconocimiento de dicha propiedad realizado por Cooperativa, aunque la propiedad no proceda de ella, tema que dejamos pendiente para su resolución en el capítulo cuarto de la tesis.

La perspectiva aportada por Verrucoli, que considera que la utilización de los servicios cooperativos, la prestación accesoria de vivienda al socio, no es independiente en sí, salvo formalmente considerada, sino que se trata de un acto debido, dependiente de otro negocio jurídico, es admisible respecto de las Cooperativas en general, y de viviendas, en nuestro ordenamiento, aunque no sea útil para resolver los aspectos jurídico privados relacionados con la propiedad de la vivienda -que surgen por una relación jurídica distinta en que intervienen distintos sujetos- lo que no implica que contribuya a esclarecer las diferencias y a comprender mejor la complejidad de la figura.

Podría entenderse además que la adjudicación y la constitución de la Cooperativa son un tipo peculiar de negocios jurídicos conexos o accesorios, en los que el primero depende del segundo aunque ambos sean negocios jurídicos distintos e independientes . Así, partiendo de la opción planteada por la doctrina¹⁵¹, podría admitirse que son dos negocios jurídicos conexos -no un acto debido- bien de cumplimiento del negocio principal, o mejor coligados -la existencia del 2º depende de la razón de existir del 1º, o la realización del fin del 1º presupone la existencia del 2º-.

e incumplimiento como causa de extinción de la Cooperativa, art. 103. 3º y 5º LGC.

¹⁵¹ DIEZ PICAZO, L.: “Sistema de Derecho Civil”, Vol. 1º, Tecnos, Madrid 1998, pág. 488. LUNA SERRANO en LACRUZ, J.L.: “Elementos de Derecho Civil I”, Redactado por LACRUZ, LUNA y RIVERO, Vol. 3º, Bosch, Barcelona 1990, pág. 259.

Concluyendo, la doctrina del acto debido, como la entienden sus creadores, podría ser aplicable a la prestación accesoria de vivienda al socio, para la que ofrece soluciones como la exigibilidad de su cumplimiento, y la indemnización de daños y perjuicios en caso contrario. La admisión de esta posibilidad puede llevarnos a un punto interesante, como es el aislamiento temporal y espacial de la adjudicación de la vivienda, y la diferenciación de los distintos momentos que se suceden en el iter cooperativo. De todas formas, no podemos olvidar que la doctrina del acto debido se adoptó en una época en la que la relación cooperativa tenía lugar exclusivamente entre la Cooperativa y el socio, sin inclusión de un tercero, y en un ordenamiento jurídico, el italiano, que parte de que la Cooperativa adquiere la propiedad de lo aportado para las viviendas, y la edificación resultante, lo que no ocurre en el nuestro. La teoría del acto debido es útil para explicar la adjudicación de la vivienda al socio y su relación con la constitución de la Cooperativa, pero es parcial, contemplando un aspecto determinado del supuesto de hecho analizado, sin referirse al resto del contenido de la relación jurídica entre la Cooperativa y el socio, ni tampoco a otras relaciones jurídicas con otros sujetos.

2.1.5. Otra posibilidad: negocio jurídico de adjudicación, que se independiza de su condición de acto debido.

Ya hemos avanzado que podríamos encontrarnos ante una realidad jurídica, la adjudicación, que inicialmente deriva de una obligación de la Cooperativa respecto del socio -acto debido-, y que por su entidad se independiza de la obligación de la que depende, convirtiéndose en un negocio jurídico, en el que la Cooperativa proporciona al socio, declara o reconoce la propiedad de la vivienda cooperativa a su favor, reconocimiento que completa la adquisición de la propiedad de la vivienda –aunque no sea la Cooperativa quien transmite-. Esta posibilidad ha sido planteada tanto por la doctrina extranjera, italiana en concreto, como por la nuestra, referida a negocios

jurídicos que son en origen actos debidos, y por su entidad adquieren independencia y se liberan de la condición de acto debido, y en algún caso por el Tribunal Supremo¹⁵². El negocio jurídico de adjudicación sería, fundamentalmente, la declaración de voluntad de la Cooperativa respecto del socio, constituyendo la expresión jurídica del hecho de proporcionar la prestación accesoria a cada socio. Incluso en este caso, en que se admite que la adjudicación de vivienda al socio es un acto debido, de cumplimiento de las obligaciones contraídas por la Cooperativa en la celebración del negocio jurídico de constitución de la Cooperativa, y un negocio jurídico independiente, seguiría planteándose cual es el título para transmitir la propiedad, y quien la transmite. La realidad de negocio jurídico de adjudicación entre la Cooperativa y el socio no excluye el resto de relaciones con otros sujetos, con terceros o entre los socios, ni tampoco otras funciones de la Cooperativa.

Deberíamos analizar y matizar, en primer lugar, si es posible hablar en general de negocio jurídico de adjudicación¹⁵³, y cuales son los sujetos a los que afecta. El concepto de negocio jurídico, por su amplitud, puede admitirse “a priori” para calificar la

¹⁵² Ver nota a pie 75, en relación a la STS 25-5-1998 (Ar. 4066).

¹⁵³ Vamos a partir del negocio jurídico como hecho constituido en fundamento del efecto jurídico; admitiendo la declaración de voluntad y la causa como núcleo y elemento esencial del negocio jurídico. DE CASTRO, F.: “El negocio jurídico”... cit, pág. 34, define el negocio jurídico como “la declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos”. Refiriéndonos a la relación jurídica concreta que se establece con objeto de transmitir la propiedad de la vivienda al socio a cambio de precio, nos encontraríamos ante un negocio jurídico o contrato independiente, nuevo, o incluíble en otros normados en nuestra legislación civil; que cumple la esencia del negocio, la declaración de voluntad como acto y la producción de efectos ex voluntate. Debe tenerse en cuenta que existen distintas posturas, algunas favorables a la consideración de la declaración de voluntad como elemento esencial del negocio - ALBALADEJO, M.: “Derecho Civil I”, vol. 1º, Bosch, Barcelona 1996, pág. 141 a 145-, otras que manifiestan que también debería incluirse la causa - DIEZ PICAZO Y GULLÓN: “Derecho Civil”, Vol. 1º, Tecnos, Madrid, Pág. 519-, o incluso las que afirman que los elementos son la declaración de voluntad, capacidad, legitimación, objeto, causa y forma: el supuesto de adjudicación de vivienda cumple estos elementos. A su vez, dichos elementos deberán cumplir los requisitos de validez que les son exigibles (como por ejemplo la ausencia de vicios).

adjudicación, aunque sea preciso matizar algunos de sus elementos, la existencia, especialidad e independencia de este negocio¹⁵⁴.

Los sujetos afectados por dicho negocio jurídico de adjudicación serían la Cooperativa y el socio individual, y en él se admitiría como contenido la declaración de voluntad de la primera de adjudicar la vivienda, el reconocimiento de su propiedad respecto del socio.

La adjudicación es un hecho al que el ordenamiento atribuye efectos jurídicos -art. 89 LC y 129 de la LGC anterior-, y como tal estaría formado por las declaraciones de voluntad de los sujetos intervinientes en la misma, que expresan su voluntad de realización del hecho y de los efectos jurídicos que conlleva, la adquisición de la propiedad de las viviendas. Las relaciones jurídicas que surgen de la adjudicación, por un lado precisan y reflejan la voluntad de los sujetos que intervienen, y por otro vienen establecidas por la Ley¹⁵⁵.

Con relación a cualquier negocio jurídico, es preciso plantear¹⁵⁶ cual es su estructura –los elementos específicos : sujetos y objeto-, y cual es la relación negocial que depende del negocio y es fin y resultado del mismo –su perfección y consumación –.

El negocio jurídico de adjudicación surge por la declaración o expresión de voluntad de la Cooperativa a favor del socio, sobre quien recaen los efectos, aunque éste también haya manifestado su voluntad positiva respecto del negocio jurídico de constitución de la Cooperativa y su cumplimiento. No es fácil discernir si se trata de una única voluntad de la Cooperativa, o son dos voluntades, aunque parece que se trata de un negocio jurídico

¹⁵⁴En nuestro ordenamiento jurídico es más lógico plantear la duda respecto de un negocio jurídico concreto que respecto de esta figura en general , como afirma DE CASTRO, F : “*El negocio jurídico*” ... *cit*, pág. 34.

¹⁵⁵ LC, art. 89 y 90 -LGC, art. 129 a 130- en relación con el art. 1090 del CC, lo que provoca la aplicación supletoria de las normas generales del libro IV del CC .

¹⁵⁶ DE CASTRO, F : “*El negocio jurídico*” ... *cit*, pág. 38. Este autor se refiere a ambos aspectos en el análisis de la vida de la relación negocial.

de adjudicación bilateral, con efectos económicos sobre el socio y un tercero, que no tiene que ser la Cooperativa, salvo que ella misma construya las viviendas. La contraprestación vivienda-precio se produce respecto de otros sujetos implicados en la construcción. El objeto del negocio de adjudicación será el reconocimiento del derecho sobre la vivienda como expresión del título jurídico de adquisición y su entrega para la adquisición de su propiedad.

Es causa¹⁵⁷ del negocio de adjudicación la prestación realizada por el socio, aunque revierte sobre el que construye, que no siempre es la Cooperativa, y sobre el propietario del solar adquirido -en virtud de contratos de obra, compraventa o permuta celebrados entre ellos y la Cooperativa, que actúa por cuenta del socio- ...

El negocio de adjudicación produce efectos y se consuma en el momento en que la Cooperativa reconoce la propiedad del socio y entrega la vivienda; y no es fácil admitir que tenga lugar en un momento anterior, aunque es una posibilidad, reconocimiento sin efectos cuando se produce, que quedan diferidos en el tiempo.

Por tanto, sí es posible hablar de un negocio jurídico de adjudicación de forma genérica. Podría admitirse que la realidad del supuesto analizado conlleva la existencia de diversas relaciones jurídicas, entre las cuales se encuentra la adjudicación. Sería factible admitir la realidad del negocio jurídico de adjudicación, independiente y distinto del de constitución de la Cooperativa, aunque ambos sean conexos o coligados. Puesto que la teoría del negocio jurídico es puramente doctrinal, no habría inconveniente en añadirlo a los ya

¹⁵⁷ DE CASTRO, F : *"El negocio jurídico"* ... cit, pág. 191. *"Vista la causa desde el ángulo subjetivo (supuesto de hecho) será : "lo que se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera (no se ha querido excluir) el amparo jurídico". Desde el ángulo objetivo o de la norma jurídica, la causa servirá como : "el metro o metros con los que se mide el resultado real buscado con la regla negocial establecida por la voluntad privada"*.

conocidos¹⁵⁸, aunque como en otros, presenta la dificultad de la inexistencia de una teoría general del negocio jurídico y de una regulación genérica del mismo¹⁵⁹, lo que puede hacer dudar de la conveniencia y utilidad de su admisión. También puede plantear dificultades para hablar de negocio jurídico de adjudicación el que la Cooperativa ejerza una función de representación del socio, y que su objeto como persona jurídica sea la adjudicación. La admisión o no de la existencia de un negocio jurídico de adjudicación no interfiere en la relación entre la Cooperativa y el socio, asociativa y de representación, ni tampoco en la posición que se adopte respecto a quien tiene la propiedad temporal sobre lo aportado para la construcción de las viviendas, y como se adquieren éstas, y menos aún a la relación con terceros, por lo que dicha dificultad no es tal. Incluso aunque se admita que se trata de un negocio jurídico independiente, con los caracteres vistos, éste es accesorio respecto del de constitución de la Cooperativa, del que depende y en el que se justifica.

Sería interesante admitir que se trata de un acto debido en cualquier caso, y que puede llegar a ser negocio jurídico conexo o coligado con el de constitución de la Cooperativa, si se quiere elaborar y plantear su independencia, en orden a darle la entidad que merece, y no relegarlo solamente al cumplimiento de la obligación asumida con cada socio por la Cooperativa de desarrollo de la actividad cooperativa.

Como conclusiones a todo lo expuesto sobre la noción del acto debido, se trata de una calificación cuya aplicación a la adjudicación de la vivienda al socio, como utilización por éste de los servicios cooperativos, ha sido elaborada por la doctrina italiana. Como beneficio de esta teoría se encuentra la posibilidad de aplicar, por ser formalmente

¹⁵⁸ Y ello aunque cada autor presente una clasificación de los negocios jurídicos diversa, empleando distintos criterios. Una posible clasificación es la ofrecida por DE CASTRO. F en *"El negocio jurídico"* ... cit, pág. 51.

asimilables a ellos, las normas de contratos como la compraventa o el arrendamiento, tanto a las relaciones jurídicas con terceros ajenos, como a la relación entre la Cooperativa y el socio, salvando que entre ellos no existe contraposición de partes. También es importante aplicar los efectos de la exigibilidad del acto debido a la adjudicación de la vivienda. La teoría del acto debido permite explicar el contenido de la relación jurídica de adjudicación entre la Cooperativa y el socio, al margen del supuesto práctico en que nos encontremos, es decir, independientemente de quien gestione y construya las viviendas.

La visión como acto debido no impide su estimación como independiente, negocio jurídico de adjudicación, que siempre mantendrá una especial dependencia respecto del negocio jurídico de constitución de la Cooperativa, como negocios jurídicos conexos o coligados. Puede elegirse una u otra postura, acto debido simplemente, o acto debido y negocio jurídico independiente pero conexo al de constitución de la Cooperativa, y nosotros nos hemos decantado por la segunda. La adjudicación en sí, en general, resultado de la división de la copropiedad formada por los socios, puede ser calificada de negocio jurídico de adjudicación, cuyos efectos se producen plenamente cuando la Cooperativa reconoce la propiedad del socio.

2.1.6. Soluciones que requieren modificaciones legislativas y doctrinales importantes: El negocio jurídico de adjudicación como contrato de cambio o transmisión onerosa entre la Cooperativa y el socio.

Sobre la base de otros ordenamientos jurídicos, y la opinión de la doctrina en los mismos, puede entenderse la dualidad acto debido – negocio jurídico, como resultado de la identificación de la prestación accesoria cooperativa, negocio jurídico independiente, con un contrato de transmisión o cambio entre la Cooperativa y el socio. Vamos a

¹⁵⁸ “Una teoría general del negocio jurídico - se ha dicho - no pasa de ser una pura quimera” DIEZ PICAZO Y

plantear dicha posibilidad tal y como se presenta en Italia, Francia y Portugal, para averiguar posteriormente si puede admitirse en nuestro país. La visión de dichos ordenamientos debe ponerse en relación con el punto 2.4. Las Cooperativas de viviendas en el Derecho comparado: Italia, Francia y Portugal.) del apartado primero de este capítulo.

1. Italia

La obtención de la vivienda por el socio en las Cooperativas de propiedad individual, tanto libres como subvencionadas, es analizada, en la actualidad, por la doctrina italiana desde las perspectivas de un contrato de cambio celebrado entre la Cooperativa y el socio. La mayor parte de la doctrina italiana se orienta hacia esta opinión, y entiende que se produce una transmisión onerosa entre la Cooperativa y el socio, un contrato de cambio unido o coligado al de sociedad. Incluso en épocas pasadas se hacía referencia a esta posibilidad, al aludir VERRUCOLI a actos singulares de cambio, o al negocio jurídico de adjudicación¹⁶⁰, aunque no lo llega a desarrollar puesto que estima que se trata de un acto debido.

También BASSI mantiene la relevancia primaria del interés de los socios a disfrutar de las ocasiones de cambio de la Cooperativa, las prestaciones mutualísticas de la Cooperativa a los socios¹⁶¹. Con relación a la cuestión de si la obligación de la sociedad es correlativa y de igual contenido que el derecho del socio a la prestación mutualística, y puesto que el Codice Civile no dice nada, este autor estima conveniente analizar las Leyes especiales. Así, se centra en el TU de 1938, respecto de las Cooperativas de construcción subvencionadas, para determinar cuando surge el derecho a reclamar la

GULLON : "Sistema de Derecho Civil". Vol. 1º. Tecnos, Madrid, 1995, pág. 478.

¹⁶⁰ Verrucoli, partidario del acto debido, se refiere a la adquisición de la propiedad de la vivienda como actos singulares y relaciones de cambio en nota a pie 120, negocio sui generis en nota 125 y 145.

prestación, cual es su contenido, y el origen del derecho a la vivienda; y concluye que aunque por el contrato social puede reclamarse a la sociedad que cumpla con sus obligaciones respecto del socio, éste no tiene derecho a la vivienda hasta el momento en que le es asignada. Respecto de la actividad de cambio “*en ella subyacen las mismas reglas técnicas, psicológicas y sociales que caracterizan la actividad contractual de los sujetos agentes en régimen de autonomía privada*”¹⁶². Sobre la prestación accesoria del socio, que surge en el ámbito de las sociedades de capital y se desarrolla con relación a las Cooperativas, se hace referencia a ella como solución a la que se acude junto al recurso a un contrato de cambio unido al de sociedad¹⁶³. Partiendo de una base doctrinal que afirma que la prestación accesoria está inserta dentro de la sociedad, lo que formalmente se lleva a cabo mediante su inserción en el acto constitutivo, se llega a entenderla simplemente unida al contrato de sociedad como contrato de cambio¹⁶⁴. BASSI no admite la opción de entender que la prestación accesoria es un reflejo o manifestación del contrato de sociedad, pese a que viene apoyado por la necesidad de unanimidad para su modificación y su incorporación documental a acciones nominativas, y se manifiesta en favor de la otra posibilidad, la consideración de un contrato de cambio unido al de sociedad, como “*negocios coligados genética y funcionalmente*”, el contrato de sociedad influyendo en el de cambio pero sin absorber enteramente su identidad. “*La*

¹⁶¹ BASSI, A : “*Cooperazione e Mutuità*”... cit, pág. 62-63.

¹⁶² BASSI, A : “*Cooperazione e Mutuità*”... cit, pág. 114-115.

¹⁶³ BASSI, A : “*Commentario al Codice Civile*” diretto da Piero Schlesinger... cit, pág. 447 y ss. El autor matiza que ya en las sociedades de capital, la prestación accesoria se caracteriza por “su exclusión de los bienes otorgados en sociedad.. no susceptibles de ejecución forzada y no computables en la garantía para acreedores sociales, aunque es en las Cooperativas donde ha tenido gran desarrollo y difusión.

Ya planteó este autor la naturaleza autónoma o coligada de los contratos de cambio en 1976, BASSI, A : “*Cooperazione e Mutuità*”... cit, pág. 21

¹⁶⁴ Además afirma que el vínculo que surge entre el socio y la sociedad por la prestación accesoria es más intenso si se pacta una remuneración superior a la corriente, o si se fijan sanciones para el caso de incumplimiento (sanción al socio, que se incluye en los Estatutos, para el caso de incumplimiento por éste de la relación accesoria, y que implica un reflejo de los acontecimientos de la relación de cambio sobre el contrato de sociedad).

*obligación de la prestación accesoria deriva de un título diverso de la simple titularidad de la relación social, y esto es, de la adquisición de la titularidad de otra relación consecuyente a la primera pero jurídicamente autónoma*¹⁶⁵.

Esta situación de unión provoca que la prestación accesoria se rija por las reglas del contrato de cambio que correspondan, siempre que sean compatibles con el esquema asociativo. La concepción de la prestación accesoria como dependiente del contrato de sociedad es la base de la teoría del acto debido, mientras que la consideración de la prestación accesoria como contrato independiente del de sociedad, aunque unido a él, es fruto de la evolución de la doctrina italiana hacia nuevas tendencias. Las prestaciones accesorias no consistentes en dinero no plantean problemas, pero respecto de las prestaciones accesorias de dinero la doctrina italiana, inicialmente indefinida, se ha manifestado posteriormente a su favor por la especial naturaleza de las Cooperativas. Con relación a estas últimas, dentro de las Cooperativas de construcción, BASSI¹⁶⁶ cita las cuotas mensuales de amortización de préstamos, las sumas con destino a fines de administración y mantenimiento de los inmuebles y extinción del pasivo social.

La participación del socio en la empresa cooperativa, como relación contractual de cambio, también se estudia en íntima conexión con la participación en gastos y pérdidas de la Cooperativa. En tal sentido, RACUGNO¹⁶⁷ parte de la participación en la actividad

¹⁶⁵ SCORDINO, F : *"La società cooperativa"*. CEDAM. Napoli 1970, pág. 202 y ss.

¹⁶⁶ BASSI, A : *"Commentario al Codice Civile"* diretto da Piero Schlesinger "... cit, Pág. 451. Y ello, en base a los artículos 67, 68 y 69 del TU de 1938 que así lo establecen, en relación a las Cooperativas de construcción subvencionadas y también a las libres por remisión de sus Estatutos, serían las citadas cuotas o pagos las prestaciones accesorias con las que el socio asignatario está obligado a corresponder. También lo afirma SCORDINO, cit ..., pág. 57-58

¹⁶⁷ RACUGNO, G : *"La responsabilità dei soci nella Cooperativa"*. Quaderni di Giurisprudenza commerciale, AG Giuffrè editore, Milano 1983, pág. 84 y ss. La autora analiza la participación en pérdidas de la Cooperativa, cuya cuantía se determina en función de los beneficios obtenidos por el socio a través del desarrollo de la actividad de la empresa cooperativa (aportaciones para actividades sociales cuya cuantía no se encuentra limitada a priori, a diferencia del otorgamiento). Afirma la autora que de no ser así, en las hipótesis en las que el socio ingresa en la Cooperativa para cumplir alguna pequeña e insignificante operación con la Cooperativa, parecería *"mínimo, que la ruina provocada por una incauta administración pudiese arrastrar en la pira de la quiebra, la*

cooperativa como relación de cambio entre la Cooperativa y los socios, aunque afirma que no hay unanimidad respecto a la calificación de los desembolsos que los socios realizan por ello, posteriores al otorgamiento -desembolsos que permiten disfrutar de bienes o servicios a los miembros en condiciones más ventajosas de aquellas que obtendrían en el mercado-. De tal forma afirma, citando a Galgano, que *“el fenómeno cooperativo se descompone, jurídicamente en una duplicidad de relaciones : está, de un lado, la relación de sociedad, objeto del cual existe el ejercicio en común, por medio de otorgamientos, de los socios, de una actividad de empresa ; están, de otro lado, una multiplicidad de relaciones de cambio, que se instauran entre la Cooperativa y los socios singulares y que consisten, según el específico objeto de la Cooperativa en relaciones de compraventa, de trabajo, de crédito o de seguro.”*

Razones de evolución histórica contribuyen a esta opción admitida en Italia, de considerar la prestación accesoria, la actividad cooperativa, como objeto de un *“contrato de cambio o transmisión”* entre la Cooperativa y el socio, que ha desembocado en la actual personalidad jurídica de la Cooperativa y permite mantener su independencia en todos los sentidos, por lo que se opta por la abstracción absoluta de la persona jurídica cooperativa. Sobre la base del contrato de sociedad la Cooperativa queda obligada a acoger la demanda del socio que solicita la prestación materializada en vivienda, prestación de vivienda que es objeto a su vez de un contrato de cambio.

Esta opción de cambio se plantea en los dos tipos de Cooperativas de propiedad individual existentes en Italia, subvencionadas y libres, y aunque nos referimos a los supuestos de adquisición por el socio de la propiedad individual de la vivienda, no

entera situación de uno o más comunes.” en páginas posteriores, 114 y ss afirma que en el caso de quiebra, una vez efectuado el pago de las deudas sociales, cada socio mediante acción de regreso procederá a exigir el reparto de lo que se le debe.

podemos olvidar que las Cooperativas de propiedad indivisa pueden transformarse en Cooperativas de propiedad individual por medio de un acto de la Cooperativa¹⁶⁸.

En las Cooperativas subvencionadas de propiedad individual la propiedad pertenece inicialmente a la asociación, que la transmite a los socios individualmente¹⁶⁹, en un proceso formado por varias fases. La transmisión o venta se produce, previa reserva - declaración e individualización de Cooperativa y socio sobre la vivienda-, en el momento de asignación -cumplimiento de la Cooperativa- e individualización del préstamo -precio pagado por el socio-. La propiedad hasta ese momento es de la Cooperativa, por lo que se produce una independencia y ausencia de relación entre el socio y el constructor contratado por la Cooperativa, en el caso de que ella no construya, así como respecto de cualquier tercero que contrate con la Cooperativa. El dinero transmitido por el socio a la Cooperativa para adquirir el suelo es un préstamo mutuo¹⁷⁰.

En las Cooperativas libres la transmisión de la propiedad de la vivienda se produce mediante una venta de cosa futura en el momento de asignación, excepto que se remitan

¹⁶⁸ ROEIJRSSEN, G. "*Edilizia popolare de economica*". Enciclopedia del Diritto... *cit.*, pág. 343.

¹⁶⁹ En el TU se prevé el alquiler y la venta como fórmulas de entrega de las viviendas. así, el art. 34: "Siendo firmes las disposiciones sobre las viviendas construidas con concurso del Estado, el Ministro de trabajo puede autorizar a las instituciones (ayuntamientos, provincias) y a los institutos para las casas populares a vender o asignar en arrendamiento con pacto de venta futura, al inquilino a sus herederos, las viviendas construidas en cualquier tiempo, con las cautelas y condiciones que deben insertarse en el contrato citado. Las autorizaciones para ello pueden concederse sólo cuando esté asegurada la venta de los apartamentos en favor de los inquilinos. En este último caso los entes citados tienen derecho a rescindir el contrato de arrendamiento, y ofrecer al inquilino la vivienda adecuada." El art. 35 afirma, en relación al precio: "el precio de venta será el corriente y puede ser pagado a plazos... El otorgamiento del contrato de compraventa se realizará cuando se haya cumplido el pago del último plazo del precio." También se refieren a ello los siguientes artículos: art. 38: "Las instituciones, ayuntamientos y provincias, e institutos para casas populares pueden obtener, ..., el concurso del Estado para construir casas populares que se vendan a personas privadas, o bien se asignen en arrendamiento con pacto de venta futura, a favor del inquilino o sus herederos..."

art. 39: "El contrato de arrendamiento con pacto de venta futura puede transformarse en contratos de simple arrendamiento con intervención del consenso de ambas partes."

art. 42: "la transferencia de la propiedad de los alojamientos construidos con concurso del Estado, arrendados con pacto de venta futura, se efectúa con el contrato de compraventa estipulado al final del arrendamiento cuya duración no puede exceder de 25 años."

¹⁷⁰ Así lo afirma Verrucoli, en nota a pie 128, como préstamo en relación a la calificación de acto debido. Respecto a esta posibilidad, la de admitir un préstamo para la adquisición del solar, se plantea la duda de determinar su

a las normas de las subvencionadas, que exigen conjuntamente la asignación y la individualización del préstamo. La relación en que se basa la transmisión será una compraventa. La traslación de la propiedad se produce en el acto de asignación, no en el de asunción del préstamo, como una venta de cosa futura.

La aplicación en nuestro ordenamiento de esta posibilidad de contrato de cambio ofrece un problema principal, la reiterada duda respecto de la calificación de contrato a la relación entre la Cooperativa y los socios, lo que podría suplirse con la consideración de negocio jurídico de transmisión.

En Italia la propiedad de lo aportado para la obtención de las viviendas, y de éstas, es de la Cooperativa que transmite las viviendas a los socios. En nuestro ordenamiento, a diferencia del italiano, la propiedad de las viviendas no es de la Cooperativa sino de los socios. Este matiz provoca la imposibilidad de aceptar la existencia de una transmisión onerosa entre la Cooperativa y el socio, que además no son terceros de forma absoluta. Sólo entendiendo que la Cooperativa adquiere la propiedad de lo aportado por los socios, y luego lo transmite a éstos, podrá plantearse la existencia de una transmisión onerosa entre ambos. En este caso, estaríamos fomentando la abstracción de la Cooperativa, lo que la identificaría aún más con las sociedades de capital y, además, para admitir esta hipótesis debería modificarse la interpretación doctrinal y probablemente la regulación cooperativa. Este supuesto podría considerarse similar a lo que en la actualidad se entiende en materia de viviendas de Protección Oficial, en que se afirma que existe una compraventa en algún caso con reserva de dominio hasta el pago total - como así plantea el TS en las sentencias sobre el tema- cuestión a la que volveremos al concluir este apartado.

carácter, puesto que no se devuelve otro tanto de la misma especie o calidad, sino la vivienda construida sobre el

La adjudicación, que no transmisión onerosa, puede incluso equipararse formalmente a la venta, equiparación formal que se referiría a cuestiones como escritura pública, Registro, momentos de obtención de beneficios...

II. Francia.

El legislador francés recoge la división junto con el contrato de cambio como posibilidades legalmente admitidas respecto de distintos supuestos prácticos. No ocurre como en Italia, en que se contempla doctrinalmente también estas dos opciones.

La razón práctica de la evolución hacia la consideración de venta entre la Cooperativa y el socio es el recurso, en el pasado, de la Cooperativa a especialistas o gestores que en realidad eran promotores privados, y que bajo el abrigo cooperativo empleaban la técnica cooperativa de forma abusiva. Se ha buscado evitar abusos, y proteger al dueño de la obra, la Cooperativa, respecto del pago efectuado por el socio, y al socio, mediante las garantías de acabados exigidas al constructor¹⁷¹.

Refiriéndonos al supuesto legal de transmisión onerosa de la cooperativa al socio, en Francia uno de los dos tipos de Cooperativas de construcción regulado en el *"Code de la construction"*, norma específica en materia de construcción de viviendas realizada, entre otros, por Cooperativas, utiliza este sistema. La Cooperativa de construcción-venta surge por la doctrina favorable¹⁷² a la consideración de una doble relación entre la Cooperativa y el socio: social y contractual (venta), asumiendo la Cooperativa la función

mismo.

¹⁷¹ HUET, J : "Traité de Droit civil". Les principaux contrats spéciaux. LGDJ, Paris 1996, pág. 1319. En la 1321 afirma que, las últimas reformas del Code de la construction, como la de 10-6-1994, también han incrementado las garantías de cobro por el empresario de las sumas debidas por el dueño de la obra, excepto en caso de que el dueño de la obra actúe como consumidor (excepción incorporada por Ley 1-2-1995).

¹⁷² GOURLAY, PG : "Répertoire DALLOZ" : Droit des sociétés, cooperatives, tomo II. Dalloz, Paris 1990, pág. 8 y 9 : En relación a la remuneración de los administradores de la Cooperativa hay que decir que, pese a haberse excluido el coste del intermediario, la doctrina duda que la actuación de los primeros deba ser o no remunerada. Tradicionalmente se consideraba que no debía ser remunerada, aunque posteriormente se ha planteado la duda al respecto, en base a que la "gestión cooperativa, cada vez más especializada exige competencia y tiempo".

de empresario o intermediario para obtener los productos, eliminando el coste que supondría la existencia de un intermediario (el Estatuto de 1947 así la conceptúa). Se evita la consideración de mandato gratuito¹⁷³, porque la Cooperativa es una verdadera empresa y no puede encerrarse en un contrato clásico. En estas Cooperativas la venta es la única fórmula autorizada para transmitir la vivienda –art. L. 213.5 del Code.

El origen de las Cooperativas de construcción-venta se encuentra en el sector HLM, en el que se establecía un contrato de sociedad junto a un contrato de cooperación que definía los derechos y deberes de la Cooperativa y del socio para la transferencia del inmueble. Posteriormente se define el contrato de cooperación como contrato de venta, que se ajusta a las disposiciones formales que para él se prevén, así como a las normas sustanciales de la venta “*en état futur d’achèvement*”¹⁷⁴, en la que el suelo y lo construido en él, así como el precio (provisional, pactado), se transmiten a medida de la ejecución de la construcción, aunque hasta el final el vendedor conserva los poderes sobre la obra. Según algún autor, “*anteriormente a la Ley de 1971, era corriente concluir contratos de cooperación distintos del contrato de sociedad, en los cuales estaban definidos los derechos y las obligaciones de la sociedad, de una parte, y de los asociados adquirentes de otra. En lo sucesivo, los contratos de venta son concluidos por la sociedad con los asociados adquirentes y especialmente mediante la venta en estado de acabado futuro*”¹⁷⁵.

A las Cooperativas de construcción-venta se aplican las normas generales de las Cooperativas de construcción -art.L.213 del Code de la construction: objeto, fin, forma,

¹⁷³ GOURLAY, PG : “*Répertoire DALLOZ*” : Droit des sociétés, cooperatives... *cit*, pág. 13.

¹⁷⁴ SAINT-ALARY, G : “*Répertoire DALLOZ*” : Droit des sociétés, cooperatives d’habitation, tomo II. Dalloz, Paris 1989, pág. 9.

¹⁷⁵ WALET, P : “*Répertoire DALLOZ*” : Droit des sociétés, cooperatives de construction, tomo II, Dalloz, Paris 1994, pág. 25.

documentos, órganos, sustitución por el régimen de Propiedad Horizontal- además de las suyas específicas.

En las Cooperativas de venta la unión entre derechos sociales e inmobiliarios no es perfecta, y por ello se prevén las consecuencias que sobre los derechos inmobiliarios tiene la pérdida de la cualidad de socio por dimisión o exclusión, pero no se prevé la situación contraria (venta de vivienda y efectos sobre la cualidad de socio)¹⁷⁶.

Según la doctrina el recurso a la venta se produce generalmente cuando la Cooperativa quiere construir por sí, financiándose por el precio de venta, sin poder acudir a otros medios. Generalmente no acudirá a un tercero para la gestión, excepto que sea un sujeto de derecho público, porque ello implicaría además la obligatoriedad de las normas de promoción inmobiliaria, por imperativo legal del Code de la Construction. Algún autor¹⁷⁷ mantiene que, en el supuesto de que se encargue esta misión del promotor al representante legal o estatutario de la sociedad también habría que acudir a las normas de

¹⁷⁶ WALET, P : "*Répertoire DALLOZ*" : Droit des sociétés, cooperatives de construction... *cit*, pág. 14. Al igual que en las de construcción-atribución no se permite la cesión inter vivos y onerosa durante la construcción de las viviendas, y si la gratuita o por causa de muerte, además de las que se produzcan por cualquier causa antes o después de la construcción.

MALINVAUD, P y JESTAZ, P : "*Droit de la promotion immobilière*"... *cit*, pág. 374-5. Respecto a la transmisión de propiedad en los casos de venta, estos autores manifiestan que se trata de una técnica jurídica formal, al igual que ocurre cuando se opta por el alquiler - accesión en lugar de la venta. Esta situación del socio respecto al inmueble es formal, y ello es más claro aún si el socio dimite o es excluido antes del fin de la construcción, en cuyo caso el contrato de venta queda resuelto de pleno derecho. "El legislador ha elegido el riesgo de paralizar la cooperativa para proteger mejor al cooperativista. Puede siempre preguntarse si ha logrado este fin. Ciertamente es que el sistema de garantías de suscripción evita el riesgo de ventas de inferior calidad o precio. Pero el riesgo añadido no se elimina. El legislador ha querido que la protección del asociado resulte directamente de un contrato de venta que este asociado concluye con la sociedad, sea indirectamente de un contrato de promoción que la sociedad misma concluye con un promotor, más indirectamente todavía cuando el promotor es un promotor público... En definitiva, el contrato de promoción es la única fórmula que suprime el riesgo, porque es la única fórmula que hace intervenir la garantía financiera de un tercero. En efecto, cuando reclama ayuda y protección a la cooperativa vendedora, el cooperativista adquirente no se dirige más que a sí mismo. La idea de proteger al cooperador contra la cooperativa no tiene sentido - a menos que no sea más que otra forma de expresar que el cooperativista adquirente tome sus riesgos-. Esta forma de tomar riesgos es conforme al espíritu cooperativo, el cual paradójicamente se encuentra más respetado por la fórmula de la venta que por la del contrato de promoción. Como revancha el contrato de promoción responde todavía más a los objetivos del derecho de la promoción inmobiliaria en que confiere al cooperativista considerado como adquirente una seguridad casi absoluta. La fórmula de la venta sin recurrir a los servicios de un promotor es menos segura, pero también menos costosa. En cualquier caso la rigidez de las reglas de financiación aplicable en casos semejantes provoca que la gestión sea compleja y delicada, sobre todo para los particulares."

¹⁷⁷ WALET, P : *cit.*, pág. 25.

la promoción inmobiliaria (aunque en la práctica sea difícilmente aplicable por la amplia responsabilidad que ello implica para el promotor, o en su caso, representante legal).

Las Cooperativas de venta pueden acudir o no a un tercero para la construcción de las viviendas. Los socios corren con el riesgo, que sólo podría trasladarse a un tercero gestor al que se aplican las normas de la promoción inmobiliaria -art. L. 213-3-. La venta se constituye como solución paralela a la promoción inmobiliaria. Ambas protegen al socio, en el caso de la venta se le protege de la propia cooperativa y en la promoción se le protege del tercero gestor. Si es la Cooperativa quien concluye con sus miembros los contratos el legislador se remite al régimen específico del contrato de venta en estado de acabado futuro, previsto en el art. L. 213-8¹⁷⁸ (para las Cooperativas de construcción), al que debe someterse para su validez (artículo que recoge la obligación de que se realice por acto auténtico, y de reunir determinados requisitos : descripción de inmueble, precio provisional y modalidades de pago, plazo de entrega, garantías y medios de financiación). En este caso, a diferencia de las reglas establecidas para la venta en estado de acabado futuro por la Ley de 1967, la Cooperativa sólo cuenta con la garantía de financiación y suscripción de lo no suscrito, no gozando de una garantía de acabado o de reembolso, por lo que es menos segura pero menos costosa, y siendo además el precio provisional (precio provisional junto a modalidades de revisión y pago). Ello se explica porque son la Cooperativa y sus asociados los que corren con los riesgos de

¹⁷⁸ A estos requisitos del L. 213-8 se añadirán, lógicamente, los documentos que precisan el inmueble y sus características. La Ley, en el art. L. 213-5, exige que la forma del contrato de venta se haga según la venta en estado de acabado futuro, pero hay dudas respecto a si este contrato debe ajustarse a las normas del art. 213-8 (obligatorio cuando no hay promotor inmobiliario) o a las generales del art. 1601 del Code Civil

MALINVAUD, P y JESTAZ, P : "*Droit de la promotion immobilière*". Dalloz, Paris 1995, pág. 374. Según estos autores debe destacarse que el precio de venta es provisional, lo que es lógico puesto que la cooperativa vende a precio de coste. No conoce el coste definitivo hasta después del acabado de las viviendas.

SAINT-ALARY, G : *ob.cit.* pág. 9. WALET, P : *ob.cit.* pág. 25.

Parece que no es necesario aplicar las exigencias del artículo 213-8 del Código de la construcción, y ello porque la protección del adquirente va está asegurada por el contrato de promoción inmobiliaria y por la aplicación de las normas de la venta en estado de acabado futuro.

construcción¹⁷⁹. Los pagos realizados se consideran afectos, inicialmente al pago de terreno, coste de estudios... y posteriormente se sujetarán al régimen de avance de los trabajos. El régimen de pago puede responder a unas reglas sobre cantidades máximas según el momento de construcción (inicio, cimientos, acabado), o pactarse de forma distinta (periódicamente o según avancen los trabajos)¹⁸⁰. Algunos autores¹⁸¹ consideran que el recurso a la venta se produce para lograr una mayor protección de los cooperativistas, protección que en el caso de las Cooperativas de construcción-atribución se logra con la remisión al contrato de promoción inmobiliaria. Al igual que en nuestro ordenamiento jurídico, la disolución de la sociedad cooperativa de construcción-venta no afecta a la transmisión de la propiedad de las viviendas, y puede producirse por la llegada del término previsto o por decisión de los asociados en la Asamblea general, una vez que se constate, respecto del programa y no de las distintas series o fases, el acabado de la obra y la aprobación de las cuentas definitivas.

¹⁷⁹ SAINT-ALARY, G : “*Répertoire DALLOZ*” : Droit des sociétés, cooperatives d’habitation... *cit.*, pág. 9 : “Las dos diferencias precedentes se explican perfectamente por el hecho que la sociedad, constituida por los adquirentes, no puede ofrecer ninguna otra garantía que aquella que ofrece el tercer garante de la financiación y la suscripción de los inmuebles no suscritos. Los diversos imprevistos de la construcción quedan necesariamente a cargo de la Cooperativa y de sus asociados. Estos corren con un riesgo que no es más que la legítima contrapartida de la posibilidad que se les ofrecía de obtener, bajo reserva de las sumas a pagar al tercero garante, la entrega de un inmueble al precio de coste, y contra lo cual no se podían prevenir más que acudiendo a un promotor inmobiliario.”

WALLET, P. *cit.*..., pág. 26 : “los asociados corren con un riesgo que no es que la legítima contrapartida de la posibilidad que les ha sido ofrecida de obtener... la entrega de una vivienda a precio de coste.”

¹⁸⁰ Así opina WALLET, P. :., pág. 27.

¹⁸¹ MALINVAUD, P y JESTAZ, P : *ob.cit.*, pág. 366 : “ En el espíritu del legislador en efecto, la venta es un medio de proteger al cooperativista contra la cooperativa. Este medio no se impone cuando la cooperativa recurre a un promotor, porque en estos casos la Ley obliga a concluir un contrato de promoción o un escrito especial con el promotor - contrato o escrito del que el cooperador se beneficiará indirectamente. Pero si la sociedad realiza el programa ella misma - es decir si confía la realización a uno de sus miembros que no es promotor -, el legislador ha renunciado a confundir a esta persona bajo el contrato de promoción inmobiliaria o del escrito especial : obliga a la sociedad a concluir ventas para que los cooperativistas se beneficien de una protección de repuesto. Como se ve, este razonamiento reposa sobre la idea de que la venta en estado futuro y el contrato de promoción aseguran al cooperador una protección equivalente. En realidad esta idea no es exacta. Sea como sea, la Ley sitúa a la Cooperativa ante la alternativa siguiente : o bien esta sociedad realiza el inmueble ella misma y procede por la vía de ventas en estado futuro ; o bien se dirige a un promotor y puede elegir entre los dos modos de atribución existentes. Bien entendido, convendrá que los estatutos precisen el modo de atribución adoptado y la cualidad de la persona susceptible de realizar la operación.”

Si la Cooperativa goza de la condición especial de HLM “*habitations à loyer modéré*”, con prestación de servicios de éste tipo, se dedicará a la construcción y gestión de viviendas para asignarlas en propiedad a los socios, o a la construcción y gestión de inmuebles para alquilarlos a no socios. En caso de transmisión de la propiedad de la vivienda, ésta se realizará mediante un contrato de venta a término, o “*en état futur d’achèvement*”, a elección de la sociedad -art. L. 432-2-¹⁸².

Con el recurso a la transmisión onerosa o venta, admitida en el ordenamiento jurídico francés como tipo específico de Cooperativa de construcción, se logra que el coste sea menor, salvo que se acuda a la gestión de un tercero y con ello a la promoción inmobiliaria -el recurso al promotor inmobiliario o a sus normas, obligatorio en las cooperativas de atribución, traslada el riesgo a éste, con un coste aún mayor-. Sin embargo, la desventaja que ofrece es que el riesgo corre a cargo de los socios, y el precio de las viviendas es provisional. En tal caso, el supuesto de venta, de ser admitido en nuestro ordenamiento, sería adecuado para aquellos casos de gestión por los órganos cooperativos, sin acudir a un tercero. Se plantea el problema de que las Cooperativas de construcción-venta adquieren la propiedad de lo aportado, lo que no ocurre en nuestro ordenamiento. Su admisión no tendría que implicar necesariamente la regulación añadida de la promoción inmobiliaria, o una figura similar, cuando las Cooperativas acudieran a la gestión de un tercero.

¹⁸² Ante esta elección la doctrina se manifiesta de la siguiente forma: SAINT-ALARY se muestra a favor de la venta a término, preferible porque retrasa la transmisión de la propiedad hasta el total pago del precio: SAINT-ALARY, G : ob.cit, pág. 9. WALET se ocupa de aclarar que dicha transmisión de la propiedad del inmueble se producirá cuando se haya pagado el préstamo solicitado para su construcción, por lo que la sociedad cooperativa será propietaria del inmueble durante mucho tiempo, hasta que dicho suceso tenga lugar WALET, P : ob.cit, pág. 27. GUILLET manifiesta también que, en los supuestos de HLM, la Ley permite que la transferencia de propiedad no se produzca hasta el pago íntegro del precio, y que dicho pago puede realizarse por fracciones escalonadas antes y después del fin de la construcción. Así se logra “disociar en el tiempo la transferencia de la propiedad, el acabado de la construcción y el pago del precio”. Si la SA de producción HLM ha facilitado el terreno, se le dispensa de concluir un contrato de venta de inmuebles para construir: GUILLET, E : “*Répertoire DALLOZ*” : Droit des sociétés, Habitation à loyer modéré, tomo III, Dalloz, Paris 1989. Pág. 12.

III. Portugal.

La regulación específica del sector de construcción de viviendas se contiene en el Decreto - ley 218/82 de 2 de junio, compuesto por 28 artículos en los que se recogen algunas notas específicas sobre las cooperativas de viviendas, así como, de forma más concreta, los aspectos esenciales de la propiedad de la vivienda y su adquisición por la Cooperativa o por el socio. Se prevé la adquisición de la propiedad individual de las viviendas por el socio mediante un contrato de compraventa. Los sujetos de dicho contrato son él y la Cooperativa, según criterio similar al del legislador francés. Los artículos 21 a 23 del Decreto regulan el régimen de propiedad individual de las viviendas. En ellos¹⁸³ se establece que el sistema de adquisición sea un contrato de compraventa. También se admite que la propiedad individual pueda reservarse hasta que el socio pague el total, como una condición resolutoria. Además, la compraventa precisa que la propiedad de lo aportado y de las viviendas pertenezca a la Cooperativa, de cara a poder transmitir al socio, lo que la diferencia de nuestro ordenamiento.

IV. Posible aplicación al supuesto cooperativo español.

La consideración de la relación jurídica entre la Cooperativa y el socio como una transmisión onerosa se plantea en otros países por la doctrina e incluso por la legislación. Se entiende que existe una transmisión de la vivienda entre la Cooperativa y el socio, un contrato de cambio, del tipo de la compraventa o no, pero en cualquier caso asimilable a ésta. Así, existen dos relaciones distintas entre la Cooperativa y el socio, la societaria y la de cambio o contractual, de transmisión de la vivienda. La relación societaria es básica para la relación con los terceros que construyen las viviendas o contribuyen a ello,

¹⁸³ "Artículo 21. Modalidades. 1. En el régimen de propiedad individual de las viviendas el derecho de propiedad será transmitido por la cooperativa a los cooperativistas por medio de un contrato de compraventa. 2. Cuando el precio debiera ser satisfecho mediante pagos aplazados, podrá la cooperativa reservarse para sí la propiedad de la vivienda hasta el pago total del precio o transmitirla bajo condición resolutoria para el caso de impago de tres plazos sucesivos o seis que no lo fueran. 3. En el caso del número anterior no se aplicará el artículo 781 del Código Civil." MONTOLIÓ, JM: "Legislación cooperativa en la Comunidad europea"... cit. pág. 1068.

actuando la sociedad en este caso como intermediario de los socios, y no como representante en sentido estricto. La Cooperativa cumpliría tres funciones diversas respecto de los socios, la formación de la voluntad de éstos, la representación de sus intereses como persona jurídica asociativa y la transmisión de la propiedad de las viviendas. La relación de cambio o transmisión sería de tipo individual, celebrada entre la Cooperativa y el socio particular, en todo momento, al margen de quien construya y gestione.

Esta posibilidad, contrato de cambio, negocio jurídico independiente, unido al de constitución de la Cooperativa, conlleva la admisión de dos matices, la independencia de la adjudicación como negocio jurídico, y su consideración como transmisión entre la Cooperativa y el socio. Aunque la primera posibilidad, la independencia negocial, es posible, no ocurre lo mismo respecto a la consideración de la transmisión. Hay dudas sobre su aplicación en nuestro ordenamiento, en razón de la diversidad existente entre el funcionamiento de las Cooperativas en nuestro ordenamiento y las características de la transmisión onerosa. No obstante, algún autor se manifiesta a favor de esta opción, como TRUJILLO DÍEZ, que distingue la relación societaria de la relación de cambio en las Cooperativas de consumo¹⁸⁴, asimilable a una forma de contrato; admitiendo la que llama tesis contractualista, frente a la corporativista que entiende las operaciones cooperativas incardinadas en la relación de sociedad. Según el autor, la relación de cambio y la societaria se encuentran, en algunos aspectos, en estado de interacción, con especial influencia de la relación societaria sobre la mutualista. En este contexto, y refiriéndose a

¹⁸⁴ TRUJILLO DÍEZ, I.J: "Las relaciones mutualistas entre socio y Cooperativa desde el derecho de sociedades y el derecho de contratos: una jurisprudencia en construcción". Cuadernos de Derecho y comercio núm. 26, 1998, pág. 126 y ss. Plantea, como cuestión pendiente, la construcción de un instrumento técnico-jurídico que permita a los terceros contratantes superar la interposición de la Cooperativa, revelando la realidad funcional que inspira su actividad, y manifiesta que en alguna ocasión el TS se refiere al enriquecimiento injusto. En nuestra opinión este instrumento es precisamente la permanencia de la propiedad de las viviendas en manos de los socios, lo que

las Cooperativas de viviendas, admite la función de interposición gestora ejercida por la Cooperativa frente a terceros, que deduce e intuye en muchos fallos del Tribunal Supremo y que supone la titularidad de los socios sobre los resultados, y de la Cooperativa sobre las relaciones con aquéllos.

Como argumentos desfavorables a la transmisión onerosa de la Cooperativa al socio aportamos los siguientes:

- La dificultad de mantener que exista una relación contractual entre la Cooperativa de viviendas y el socio, como partes de la misma, puesto que no son sujetos absolutamente ajenos y contrapuestos. El problema podría solventarse considerando que la especialidad de la relación cooperativa implica que la ajenidad entre ambos es suficiente para admitir la transmisión onerosa de las viviendas entre los sujetos, o eliminando la visión y el término contrato, para evitar confusión, y adoptando el genérico de negocio jurídico de transmisión.
- La existencia de una relación de transmisión onerosa entre la Cooperativa y el socio supone que la Cooperativa es la propietaria inicial de la obra y viviendas, que transmite a los cooperativistas, durante la construcción o al final de ésta; circunstancia que no parece aplicable en principio al supuesto español, en que la propiedad de lo aportado para las viviendas y de éstas no pertenece en ningún momento a la Cooperativa, sino a los socios.
- La transmisión onerosa entre la Cooperativa y el socio no tendría causa puesto que, mientras el socio pretende como contraprestación la obtención de la vivienda, la Cooperativa no basa su actuación en apropiarse del precio de la vivienda por haberla

los sitúa como verdaderos representados, evitando admitir que la propiedad sea de la Cooperativa, que la transmite al socio, lo que no parece conforme con la teoría y práctica cooperativas.

proporcionado. Tampoco se ve claro el objeto de la relación entre ambos, la vivienda y el precio, especialmente respecto de la Cooperativa.

- De admitir la transmisión onerosa surgirían graves dificultades en la relación con terceros, que contratan exclusivamente con la Cooperativa, y a ella deben dirigirse, quedando los socios al margen. No parece que pueda admitirse la función representativa de la Cooperativa, en este caso formal como cualquier asociación que reúne los intereses de sus miembros, para solucionar este problema, porque la dificultad reside en quien sea el propietario de la masa aportada para la construcción de las viviendas, y de éstas.

La transmisión de la vivienda entre la Cooperativa y el socio sería admisible en algunos supuestos, cuando se trate de promoción pública de viviendas o de promoción privada realizada por constructores o promotores inmobiliarios, pero no cuando nos encontremos ante una Cooperativa. Sin embargo, estimamos que debería aplicarse el mismo esquema de relaciones jurídicas, con independencia de que las viviendas sean protegidas o no, aunque algunos de los aspectos de dicho esquema, como los relativos a las subvenciones o a la obligatoriedad de subrogación en el préstamo hipotecario, podrían modificarse por disposición expresa de las normas administrativas de protección. En los casos de construcción de viviendas en favor de sujetos determinados, construcción realizada por Cooperativas que dependen de organismos generalmente públicos o privados (sindicatos, colegios profesionales), podría afirmarse que existe una transmisión de la propiedad de la Cooperativa al socio y, sin embargo, aún en este caso no está claro cuando debe considerarse transmisión onerosa, y cuando los socios son propietarios y promotores desde el inicio. Con relación a las viviendas protegidas parece que la legislación (baratas, económicas, VPO...) no distingue la relación jurídica de

adquisición de la vivienda, excepto por lo que se refiere a la cesión del uso, arrendamiento, cesión, venta o acceso diferido a la propiedad, y la posibilidad de promoción privada o pública. Se cita a las cooperativas de viviendas entre otros promotores. El hecho de no diferenciar cada forma de adquisición de la propiedad o uso en función de quien sea el promotor puede ser la razón de que tanto el legislador como el TS se refieran a la transmisión onerosa, a la venta inmediata o diferida, en aquellos casos en que el socio de una Cooperativa adquiera la propiedad de la vivienda protegida, y sólo en algún caso hablen de promoción para sí. La regulación de viviendas de protección oficial -regulación de tipo administrativo dirigida principalmente a la concesión de ayudas y créditos¹⁸⁵ a la construcción y obtención de estas viviendas- alude en este sentido a las Cooperativas de viviendas dentro de la promoción privada de viviendas, en las que la propiedad de lo aportado para su obtención se somete a las reglas de la colectividad, propietaria de dicha cuantía. En los supuestos de acceso en régimen de propiedad, que son los analizados en esta tesis, se considera a las Cooperativas como un supuesto de construcción colectiva, dentro de una asociación con personalidad jurídica, que transmite las viviendas mediante el acceso diferido a la propiedad¹⁸⁶. Sin embargo, el título de

¹⁸⁵ GÓMEZ, APARICIO A.P: *"Análisis de los aspectos financieros de la Sociedad Cooperativa de viviendas en España"*... cit. En pág. 129 y ss trata las peculiaridades de financiación privilegiada y subsidiación de este tipo de viviendas.

¹⁸⁶ Evolución legislativa desde el siglo XIX hasta nuestros días, recogida por VILLAR EZCURRA, JL: *"La protección pública a la vivienda"*... cit. pág. 298, 318 y 322.

En la actualidad: El D 2114/1968 de 24-7 contempla, entre otras, la promoción en cooperativa con destino exclusivo a los asociados, en el art. 22, pero entre sus destinos cita el uso propio, arrendamiento, venta, acceso diferido a la propiedad y la cesión gratuita en propiedad o en uso. Se estima que las Cooperativas siguen el sistema de acceso diferido a la propiedad, según disponen los art. 132 y el 137. El RD 2960/1976 de 12-11 se refiere, en el art. 7, a la promoción de viviendas de protección oficial por Cooperativas de viviendas con destino exclusivo a sus asociados, aunque al establecer el régimen de uso y utilización también hace referencia, en el art. 26 a uso propio, arrendamiento, venta, acceso diferido a la propiedad y cesión gratuita en propiedad o en uso. Por lo que se refiere al art. 7 RDL 31/1978 de 31-10 y el 10 del RD 3148/1978 de 10-11 se admite el acceso a la propiedad de las viviendas de protección oficial mediante compraventa o promoción de viviendas para sí individual o colectivamente. El RD 3148/1978, en los art. 38 y ss, al regular las viviendas de promoción pública sólo hace referencia a la venta o arrendamiento de las mismas.

RD Ley 31/1978 de 31-10: "Art. 7. El régimen de disfrute de las viviendas de protección oficial podrá ser: a) arrendamiento b) propiedad. El acceso de propiedad de una vivienda de protección oficial podrá realizarse por

adquisición de la vivienda no queda claro, y la jurisprudencia acude generalmente a la compraventa¹⁸⁷. También se refiere a ella la doctrina¹⁸⁸ en algún caso. Estimamos que la consideración formal de esta legislación administrativa no debería condicionar la relación

compraventa o mediante la promoción de viviendas que los particulares construyan, individualmente por sí o colectivamente a través de cooperativas para asentar en ellas su residencia familiar."

RD 3148/1978 de 10-11: "Art. 10. Régimen de uso y acceso. El régimen de uso de las viviendas de protección oficial podrá ser el de: a) arrendamiento b) propiedad. El acceso a la propiedad de una vivienda de protección oficial podrá realizarse por compraventa o mediante la promoción de viviendas que, para asentar en ellas su residencia familiar, los particulares construyan, individualmente por sí o colectivamente a través de comunidades de propietarios, cooperativas, o de cualquier otra asociación con personalidad jurídica."

Ya en 1968, en el D 2114/1968 de 24-7 para la aplicación del Texto refundido de VPO aprobado en 1963 y 1964 por Decretos, se aceptaba a las Cooperativas como promotores de viviendas de protección oficial, en el art. 22.k. "con destino exclusivo a sus asociados". Tales Cooperativas quedaban sujetas al régimen de acceso diferido a la propiedad como fórmula de promoción de viviendas: "Art. 132. Por el contrato de acceso diferido a la propiedad de las viviendas de protección oficial se transfiere al cesionario la posesión de la vivienda, conservando el cedente su dominio hasta tanto aquél le haya satisfecho la totalidad de las cantidades a que esté obligado, de conformidad con lo regulado en el presente artículo... Art. 134. Durante la vigencia del contrato de acceso diferido a la propiedad, el cesionario, con consentimiento del propietario, podrá cesar en este régimen y adquirir la vivienda en propiedad mediante la entrega de una sola vez de las cantidades a que esté obligado a satisfacer... Art. 135. Terminado el plazo señalado en el contrato y cumplidas las condiciones pactadas, se procederá al otorgamiento de la escritura pública de compraventa, transmitiéndose el dominio de la vivienda al cesionario... Art. 137. Las Cooperativas de viviendas del apartado k) del artículo 22 de este Reglamento sólo podrán promover la construcción de "Viviendas de Protección Oficial" para cederlas a sus asociados en régimen de acceso diferido a la propiedad..."

Ocurre lo mismo en 1976, en el RD 2960/1976 de 12-11 en el art. 7.k, idéntico al citado 22.k.

¹⁸⁷ Se observa que, en los supuestos de VPO, el legislador y la jurisprudencia actúan de forma distinta llevando la personalidad jurídica a la abstracción más absoluta, y considerando que la Cooperativa vende a los socios las viviendas, título por el que éstas son adquiridas, en los supuestos de acceso diferido a la propiedad: STS 7-1-1992 (Ar. 151), fundamento de derecho cuarto (en ella el socio solicita que se condene a la Cooperativa a otorgar la escritura pública sobre su vivienda), STS 21-1-1992 (Ar. 1517), fundamentos de derecho segundo y tercero. En la sentencia de 21-1-1992, la Cooperativa pretende la resolución de contrato por incumplimiento, y el Tribunal admite la aplicación de normas relativas a la compraventa, y su cumplimiento, como el art. 1504 del CC, ante las cuales la ausencia de voluntad y rebeldía en los socios, lleva a desestimar la resolución del contrato. En un supuesto similar planteado por la Cooperativa anterior ante otro socio, el Tribunal vuelve a afirmar (citando la S. 21-1-1992) que el acceso diferido a la propiedad es una compraventa, y que al margen de la intención en el cumplimiento, solicitada la resolución del contrato por la Cooperativa, se concede un plazo de 6 meses a los socios para que abonen lo debido: STS 13-3-1992 (Ar. 2177), fundamentos de derecho segundo, tercero y cuarto. Afirmación que reitera en supuestos similares de STS 23-12-1992 (Ar. 10650), fundamentos de derecho tercero y quinto y STS 31-12-1992 (Ar. 10424), fundamentos de derecho segundo y tercero. Es absolutamente ilógica la diversa concepción de la legislación de Cooperativas y las de VPO, así como la confusión que en ocasiones existe en la propia legislación VPO (art. 132 del D 2114/1968 y art. 13 y ss del RD 3148/1978, ambos citados en nota a pie 186). En STS de 10-12-1991 (Ar. 8926), fundamento de derecho segundo, se afirma que la relación entre la Cooperativa de viviendas, VPO, y el socio, de acceso diferido a la propiedad de la vivienda hasta que no se pague el precio y se consume el contrato, responde a un "contrato de naturaleza sui generis que tiene la finalidad principal de servir de título para la adquisición de la propiedad de la vivienda, es manifiesto que la titularidad dominical del comprador no se produce hasta la terminación del plazo establecido por las partes para el abono del precio en los términos convenidos... permaneciendo entre tanto como dueño de la vivienda el vendedor con la limitación de no transferir a otros la propiedad que, todavía, no ostenta el comprador, al que únicamente se le ha hecho entrega de la casa para su utilización y título de adquisición diferida, de modo que no le pertenece en dominio hasta que por aquel pago se consume el contrato."

¹⁸⁸ NÚÑEZ IGLESIAS, A: "Comunidad e indivisibilidad". Mc Graw Hill, Madrid 1995, pág. 181 y 217. Distingue este autor al promotor, persona jurídica, y al beneficiario, persona física que usa la vivienda construida, siendo los tres destinos posibles el uso, venta y arrendamiento.

jurídica verdaderamente existente entre la Cooperativa y el socio, relación jurídico privada¹⁸⁹, que no tendría porqué calificarse de venta o de acceso diferido a la propiedad, ya que en este caso se estaría admitiendo que la Cooperativa es en todo momento la propietaria del edificio y de las viviendas, y que las transmite a los socios. Las últimas medidas de financiación sobre la materia, de los RD 2190/1995 de 28-12 y RD 1186/1998 de 12-6, se refieren a las Cooperativas como promotores para uso propio, y distinguen como regímenes de cesión de la vivienda el arrendamiento, y venta o adjudicación. Estos dos últimos planes de actuación en materia de vivienda y suelo presentan alguna variación respecto de las normas anteriores, al referirse a las Cooperativas como promotores para uso propio agrupados, del mismo modo que las comunidades de propietarios. Los socios son denominados adjudicatarios, con derecho a la vivienda individualizada, y se distingue la venta de la adjudicación. Así ocurre con el del periodo 1996-1999, y el actual 1998-2001¹⁹⁰. En esta materia, no obstante, resaltamos la indefinición de la legislación sobre el suelo en este sentido, que se refiere al “*contrato de compraventa o adjudicación*”, y a la “*escritura pública de compraventa o adjudicación*”, art. 19.2 y 3 del RD 1186/1998, olvidándose del Derecho Civil, común y supletorio en esta materia. No se confunde la venta con la adjudicación, aunque tampoco se aporta nada que clarifique el término de adjudicación y sus efectos. También debe

¹⁸⁹ Así es calificada, al margen de quien sea el promotor de las viviendas, por GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A: “*Sistema jurídico de las Viviendas de Protección Oficial*”. Vol.1... cit, pág. 241.

¹⁹⁰ RD 2190/1995 de 28-12: “Art. 9. Promotores y adjudicatarios. 1. Podrán ser promotores de las actuaciones protegibles las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas. 2. Las referencias de este Real Decreto a los promotores para uso propio se aplicarán exclusivamente a las personas físicas individualmente consideradas o agrupadas en **cooperativas** o comunidades de propietarios. 3. A efectos del presente Real Decreto, se entenderá por adjudicatarios a los socios de cooperativas o miembros de comunidades de propietarios, a partir del momento en que se les adjudica la propiedad de una vivienda individualizada.”

RD 1186/1998 de 12-6: “Art. 13. Promotores y adjudicatarios. 1. Podrán ser promotores de las actuaciones protegidas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas. 2. Las referencias que en este Real Decreto se efectúan a los promotores para uso propio se aplicarán, exclusivamente, a las personas físicas individualmente consideradas o agrupadas en **Cooperativas** o en comunidades de propietarios. 3. A efectos de este Real Decreto se entenderá por adjudicatarios a los socios de Cooperativas o miembros de comunidades de propietarios, a partir del momento en que se les adjudica la propiedad de una vivienda individualizada.”

resaltarse la dificultad de compatibilizar el acceso diferido a la propiedad, propuesto por la regulación de viviendas protegidas, y la adjudicación por la Cooperativa. En este sentido, parece que sería más lógico considerar a los socios cooperativistas como beneficiarios de las viviendas para uso propio (en sentido de propiedad y posesión) que adquieren por la adjudicación de la vivienda, como promotores, propietarios y beneficiarios a la vez¹⁹¹. Algunos autores también se muestran a favor de considerar a la Cooperativa como un supuesto de promoción propia privada¹⁹². Como vemos, la evolución de la propia legislación de viviendas protegidas se centra en la adjudicación, y en la promoción para uso propio, y abandona la posible relación con transmisiones onerosas del tipo de la compraventa, aunque en algún caso exista todavía confusión al respecto.

También pueden aportarse ventajas o aspectos positivos respecto de la admisión de la transmisión onerosa entre la Cooperativa y los socios:

- Las soluciones citadas de otros países europeos sobre la cuestión, que admiten la existencia de un contrato de cambio o compraventa unido al de sociedad, muestran la tendencia de otros legisladores hacia una abstracción cada vez mayor de las Cooperativas de viviendas.
- La historia de la legislación cooperativa en España también contribuiría a lo anterior, puesto que las Cooperativas de viviendas surgieron desglosándose o separándose de las de consumo, y en ésta últimas se admite sin lugar a dudas la existencia de relaciones de cambio entre los socios y la Cooperativa, y ello aunque la LC en la

¹⁹¹ GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A: "*Sistema jurídico de las Viviendas de Protección Oficial*",... cit. Vol.1, pág. 395, vol.2, pág. 100 y ss. En pág. 212 y ss afirma que la adquisición de la propiedad de la vivienda sólo puede realizarse por acceso diferido a la propiedad, y no por uso propio (la cooperativa es promotor, y el socio es beneficiario según él) o por venta.

disposición adicional quinta, apartado segundo -art. 155.2 de la LGC- mantenga que no son ventas. La admisión de un contrato de cambio entre la Cooperativa y el socio supondría la consideración de ésta como sujeto que transmite la propiedad de las viviendas.

- La relación de cambio, compraventa o no, entre la Cooperativa y el socio, podría ser del tipo de la compraventa de cosa futura, o sujeta a condiciones o pactos diversos. Se aplicarían en este caso las normas de la compraventa, y las de obligaciones y contratos en general.

El problema que se plantea con relación a la adjudicación de la vivienda al socio cooperativo, así como respecto a la Cooperativa de viviendas en general y su relación con los socios, es averiguar si se adopta un sistema similar al de los países latinos y latinoamericanos, que es el inicial en nuestro ordenamiento, en el cual se distinguen los actos realizados con los socios como actos sui generis o distintos (actos cooperativos¹⁹³) o actos debidos, o por el contrario se asimila el criterio europeo de evolución de las Cooperativas hacia un tipo societario cercano a las sociedades de capital, sin distinguir las operaciones con socios de las operaciones con terceros, y asumiendo una independencia absoluta de la persona jurídica cooperativa respecto de los socios, que en algún caso transmite la propiedad de la vivienda a éstos. La adopción de la tendencia europea nos llevaría a un sistema similar al francés, en el cual la figura cooperativa tiende en ocasiones a identificarse con la promoción inmobiliaria, excepto algunos supuestos de gestión propia por la Cooperativa. Esta opción nos llevaría a elegir, con el paso del tiempo, entre la permanencia de los principios cooperativos y las especialidades de esta

¹⁹² GÓMEZ, APARICIO A.P: *"Análisis de los aspectos financieros de la Sociedad Cooperativa de viviendas en España"*,... cit. pág. 253.

figura, o bien asumir las consecuencias de la personalidad jurídica de la Cooperativa absolutamente independiente de sus miembros, cada vez más similar al esquema de las sociedades de capital.

Pese a la existencia de algunos argumentos favorables hacia la admisión de la transmisión a título oneroso similar a una compraventa y unida al contrato de sociedad, ésta es difícil de mantener en nuestro ordenamiento, teniendo en cuenta que la Cooperativa y el socio no son sujetos absolutamente ajenos y que el objeto y causa de dicho contrato respecto de la Cooperativa no sería el precio susceptible de pago por el socio. La admisión de la transmisión provocaría la asunción de responsabilidad casi total de la Cooperativa, y de los socios que la forman, por lo que es poco útil para lograr la pretendida protección del socio individual. Podría admitirse su aplicación formal, para evitar abusos, en orden a la aplicación de las normas de vicios y cumplimiento de las obligaciones que, aún así siguen repercutiendo sobre el socio, como ocurre en otros países -doctrinalmente en Italia y legalmente en Francia y Portugal-. Además de lo anterior, el principal obstáculo y diferencia con éstos radica en las distintas visiones de la personalidad jurídica de la Cooperativa, que no puede considerarse un tercero ajeno al socio, y que no obtiene la propiedad de lo aportado para las viviendas, puesto que no ingresa en su patrimonio. En otros países la Cooperativa obtiene la propiedad de las viviendas y las transmite a los socios. Además en algunos, como Francia, este supuesto de transmisión onerosa se utiliza especialmente cuando la Cooperativa construye por sí misma (aunque subcontrate las obras) y no encarga la gestión a un tercero, caso de escasa aplicación práctica en nuestro país.

¹⁹³ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: "*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*": Tomo XX, vol. 3º, art. 67 a final. Edersa. Madrid 1994, pág. 302.

La admisión de la transmisión onerosa, como solución genérica, es difícil, salvo que se modifiquen algunos aspectos esenciales, como la cuestión de la propiedad de la “masa de gestión económica” que necesariamente tendría que pertenecer a la Cooperativa para que ésta pueda transmitirla. Esta modificación en la visión cooperativa sería suficiente para admitir un negocio jurídico de transmisión, y con ello alcanzar una cercanía cada vez mayor respecto de otros grupos societarios. Por todo lo anterior estimamos preferible la hipótesis analizada, de relaciones asociativa y representativa de la Cooperativa respecto del socio, siendo la adjudicación un mero reconocimiento de la adquisición de la propiedad –acto debido y negocio jurídico coligado con el de constitución de la Cooperativa–, propiedad que permanece en manos de los socios –en comunidad como veremos–, hasta la adjudicación de las viviendas.

2.2. ACTO COOPERATIVO.

La opción del llamado “acto cooperativo” considera que la prestación de vivienda de la Cooperativa al socio es una consecuencia de la especial relación jurídico cooperativa entre ambos, diferente de otros actos jurídicos y también llamada acto cooperativo.

Presenta esta posibilidad en nuestro país PAZ CANALEJO, desarrollada en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos¹⁹⁴. No define este autor que se entiende por acto cooperativo; en ocasiones trata el tema en relación con varias cuestiones cercanas a él, como el concepto de cooperativa como entidad al servicio de sus miembros y de la comunidad¹⁹⁵, las deducciones en caso de expulsión de socios¹⁹⁶, la condición jurídica de

¹⁹⁴ ALTHAUS: “Tratado de Derecho cooperativo”. Zeus, Rosario, Argentina 1974.

Con relación a la legislación iberoamericana, SANZ JARQUE se refiere a la inclusión en algunos países del acto cooperativo, distinto de los de comercio y los civiles, realizado entre las Cooperativas entre sí, y con sus socios, en desarrollo del objeto social y la consecución de sus fines: Honduras, Colombia, Brasil, Argentina: SANZ JARQUE, J: “Las Cooperativas en Iberoamérica (La institución cooperativa y el nuevo Derecho cooperativo)”. RCDI 609, 1982, pág. 799 y ss.

¹⁹⁵ PAZ CANALEJO, N: “El nuevo Derecho Cooperativo Español”. Digesa, Madrid 1979, pág. 16.

mayorista de la Cooperativa y la relación entre los socios y la Cooperativa. Así, entiende que las entregas de bienes y servicios no son ventas o contratos de cambio, sino distribución de éstos por la relación cooperativa o acto cooperativo y la Cooperativa respecto del socio no es un vendedor o arrendador sino un mandatario a título lucrativo¹⁹⁷ (discrepamos de esta visión de mandato porque la Cooperativa no es un tercero ajeno al socio, y, aunque hace referencia a algunos efectos de la consideración de acto cooperativo, no se define éste).

Como nota criticable a esta teoría del acto cooperativo puede mantenerse la confusión sobre lo que entiende por acto cooperativo, que no se concreta. PAZ CANALEJO, en 1979, parece identificarlo con la relación jurídica cooperativa entre los socios y la cooperativa, pero posteriormente hace referencia al mismo como acto concreto de distribución del servicio cooperativo¹⁹⁸. El acto cooperativo sería, tanto la relación entre la Cooperativa y el socio, como los actos que se derivan de la misma, de prestación de servicios o actividad cooperativa. También es criticable esta teoría, ya que parte de un

¹⁹⁶ PAZ CANALEJO, N: "El nuevo Derecho Cooperativo Español"... *cit.* pág. 183 y ss. Manifiesta el autor que las deducciones en las Cooperativas de viviendas se producen sobre las entregas para la obtención de servicios cooperativos (viviendas), con finalidad disuasoria, como sanción.

¹⁹⁷ PAZ CANALEJO, N: "El nuevo Derecho Cooperativo Español"... *cit.* pág. 318 y ss. "**la naturaleza profunda de la relación cooperativa - socio** que quedaría empobrecida con la figura del vendedor o del arrendador de servicios: se trataría más bien de una situación próxima al mandatario a título lucrativo (por emplear la expresión que el Decreto núm. 55-174, de 2 de febrero de 1955, que estableció el Reglamento de Cooperativas en los territorios de Francia de Ultramar, utiliza en su art. 2) porque la Cooperativa no comercializa para obtener un lucro empresarial ni compra para vender lucrándose en la reventa, sino que presta servicios o distribuye los bienes que sus socios precisan en las condiciones más favorables para éstos que son los que a tal fin crearon precisamente la entidad. Como se ha dicho expresivamente la Cooperativa actúa directamente por y para los socios... La Ley General de Cooperativas introduce un precepto que en cuanto califica como "no venta"- las entregas de bienes y prestaciones de servicios proporcionados por las Cooperativas a sus socios, y significa el reconocimiento de lo que la doctrina ha calificado como el acto cooperativo (SALINAS PUENTE, DALY, GUEVARA, CRACOGNA, ALTHAUS, BENECKE, RUSCH etc.) y supone, en definitiva, el alejamiento "ministerio legis" del ámbito de los contratos de cambio profesional que parece, en definitiva, el contemplado por aquel impuesto... toda actividad económica entre la cooperativa y sus socios relativa al objeto social de aquélla (esté o no destinada a explotaciones de los socios) es interna, porque constituye un desarrollo de la relación jurídico - cooperativa o acto cooperativo." Cita también a Elena Díaz y de Luis Esteban.

¹⁹⁸ PAZ CANALEJO, N: "La Constitución y las Cooperativas". Documentación Administrativa núm. 186, Presidencia del gobierno, Madrid 1980, pág. 97: "En el primer nivel se trataría de definir los perfiles y las consecuencias del "acto cooperativo". Esto no obedece a un prurito de erudición, sino a la convicción de que detrás de este problema y de la solución que al mismo se dé se encuentran varias cuestiones vitales para el

presupuesto similar a la teoría de la interposición gestora, al considerar que la Cooperativa es un mandatario, sin demostrar las razones en las que se basa ni porqué elige la opción del mandato entre la Cooperativa y el socio.

Realmente con esta teoría se pretende crear una nueva categoría jurídica, el acto cooperativo, distinto y aparentemente contrapuesto al acto de comercio y a los contratos de cambio, con lo que se llegaría a proclamar la independencia del Derecho Cooperativo. La admisión de esta opción no ayuda a solventar los problemas prácticos de las Cooperativas de viviendas, escasamente reguladas por la legislación cooperativa. Puede estudiarse la relación entre la Cooperativa y el socio y la prestación de servicios cooperativos al mismo y llegar a la conclusión de su especialidad, por ser diferente, pero no parece lógico plantear directamente la especialidad, sin argumentar las razones que llevan a no identificarla con otras figuras de Derecho común, más generales. Podríamos concluir que la adjudicación es “un acto cooperativo” especial, tras su análisis exhaustivo, pero esta calificación no puede entenderse “a priori”.

2.3. INTERPOSICIÓN GESTORA.

2.3.1. Desarrollo de la teoría de la interposición gestora.

Esta teoría ha sido desarrollada principalmente por la doctrina española y, a diferencia de las dos anteriores, el acto debido y el acto cooperativo, que básicamente tenían en cuenta el acto de prestación de servicios cooperativos o actividad cooperativa, se refiere a la relación jurídica entre la Cooperativa y el socio, sin resolver en exceso cuestiones derivadas de la misma, de especial importancia, como el propio acto de adjudicación de la vivienda cooperativa.

desarrollo del cooperativismo ; así, por ejemplo, el acto de distribución cooperativa que una sociedad de esta clase realizada con sus socios consumidores o usuarios no es una venta mercantil, ni civil en sentido estricto.”

La base de dicha opción teórica es considerar a la Cooperativa mandatario o representante de los socios, que actúa en nombre propio y por cuenta ajena con los terceros. Dichos terceros son, entre otros, los propietarios del solar, y los encargados de la construcción, empresas de gestión... La Cooperativa actúa como intermediario entre los socios y los terceros. Los máximos exponentes de esta tesis en nuestro país¹⁹⁹, son AGUILAR GARCÍA, MANRIQUE y RODRÍGUEZ - POYO GUERRERO.

En la interpretación de la Ley de 1942, y del segundo Reglamento de desarrollo de la misma de 1971, AGUILAR GARCÍA²⁰⁰ se manifestó a favor de esta posibilidad, al tratar expresamente la naturaleza jurídica del acto de adjudicación de la vivienda a los socios, interpretando las citadas normas y el Reglamento de VPO (D. 24-7-1968). Se refiere a dicho acto, no como venta, puesto que la Cooperativa es mera gestora de los socios, representante, que encarga la construcción de las viviendas para ellos, sin ser propietaria de las mismas en ningún momento. No admite este autor que existan dos transmisiones

¹⁹⁹ En otros países también se tiene en cuenta esta teoría. Así en Italia, los partidarios de la doctrina del acto debido se refieren, en ocasiones, a la función de intermediario de la Cooperativa. En Francia, el propio Estatuto de la Cooperación de 1947 alude a esta función de intermediación como esencial de la Cooperativa, que se manifiesta especialmente en las Cooperativas de construcción-atribución de viviendas, y no tanto en las de construcción-venta.

²⁰⁰ AGUILAR GARCÍA, M: "Cooperativas de viviendas: disposiciones comunes y específicas", Rev. Derecho Notarial, Madrid, abril - junio 1972, pág. 48 a 50: En relación a las viviendas según del RVPO de 1968: "La idea es que la Cooperativa realice una mera actividad de gestión; que se limite a la construcción, pero sin tener en ningún momento la propiedad de la vivienda para trasladarla después al socio... La Ley no habla de venta de la Cooperativa a los socios, sino de "construcción para los socios"; parece, por tanto, que la Cooperativa realiza una actividad de construcción, de promoción, de arrendamiento de obra casi... Además, existen razones económicas: - Si la Cooperativa adquiriera y transmitiera después a sus asociados, se verificarían dos transmisiones, la primera de las cuales es superflua, y totalmente vacía y transitoria. - Además, la exención de las VPO sólo alcanza a la primera transmisión.. Por tanto, creemos que el acto inicial debe realizarlo la Cooperativa exclusivamente como representante de sus asociados. Por lo cual, en el orden y esfera administrativos, la Cooperativa hará constar su carácter de mera gestión; en el orden civil, deberá articularse como una representación, que habrá ya de actuar en la compra del solar, y consiguientemente, no debe producirse inscripción intermedia alguna en favor de la Cooperativa. Esto supone prescindir de la personalidad de la Cooperativa como ente distinto e independiente de los socios, al menos en el orden civil y registral. Pero es que en el fondo esta funcionalidad del organismo cooperativo es lo más congruente con su finalidad y razón de ser. La necesidad de la vivienda es del socio, no de la Cooperativa. Ningún sentido tiene que se cree ese paso intermedio, inútil y perturbador, de hacerla pasar primero por la Sociedad. La función de la Cooperativa es sólo facilitar al socio esa necesidad, y servirle de órgano, de gestor, de impulsor".

de la vivienda²⁰¹, sino una en favor de cada socio, y aboga por una construcción legal y reglamentaria de la Cooperativa en torno a ello. Plantea sin embargo un problema importante, como es que se prescinde de la personalidad jurídica de la Cooperativa entendida como distinta de los socios, tanto en el orden civil como registral, y se muestra a favor de ello porque *“esta funcionalidad del organismo cooperativo es lo más congruente con su finalidad y razón de ser”*.

²⁰¹ Cita este autor a otros que consideran que la entrega de la vivienda es venta, como CERDÁ RICHART y LLUIS y NAVAS. La razón de considerar venta a la adjudicación es que, en el momento histórico en que dichos autores se pronuncian, las Cooperativas de viviendas que se constituían y organizaban desde organismos públicos o privados no eran sólo una “suma de socios cooperativos”, sino que en ocasiones eran ajenas de estos, y podían celebrar con ellos contratos como el de compraventa. Este esquema no es aplicable a los supuestos que actualmente existen. CERDÁ RICHART, B: “*El régimen cooperativo*”. Tomo II, las sociedades cooperativas en particular, organización, funcionamiento de las diferentes clases de Cooperativas. Bosch, Barcelona 1959, pág. 261 y ss: *“Estas cooperativas vienen obligadas a vender sus casas a los socios y la enajenación pueden realizarla... en un término de veinte años”*. LLUIS Y NAVAS, J: “*Derecho de Cooperativas*”. Tomo II. Bosch, Barcelona 1972. Pág. 571 y ss: *“la de viviendas construye para revender a sus socios... Es, pues, una rama especial no sólo por razón del objeto (vivienda), sino por el modo de actuar (construir para revender)”*. Este autor ya advirtió la exigencia de vigilancia por el peligro de que se produzcan *“falsas cooperativas montadas por un constructor con intenciones maliciosas”*. No pudo tener en cuenta la actuación de empresas gestoras porque en ese momento no actuaban en el tráfico. Cita a CERDÁ que también se manifestó en favor de que la función de las Cooperativas de viviendas consista en la venta de casas a sus asociados.

En la actualidad, otros autores, sin desarrollar la cuestión de la relación jurídica existente entre el socio y la Cooperativa, van más allá y admiten la aplicación de las normas de la compraventa a la transmisión de la Cooperativa al socio: BURGOS, COLEGIO NOTARIAL (Villalobos Cabrera JA, Delibes Senna-Cheribbo J, Alonso Andrio F) “*Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa*”. Consejo General del Notariado, Madrid, 1996. Art. 155.2º, pág. 1204: *“Del artículo 155 cabe alabar su texto en cuanto pone de relieve, siquiera sucintamente, la especial naturaleza de las transacciones que la cooperativa efectúa en favor de sus socios... Ahora bien, lo anterior no debe llevarnos a la conclusión de que la no consideración de ventas a que alude el apartado comentado tenga un alcance absoluto, antes bien debe resaltarse: Que, aun cuando parezca más propio aludir a las nociones de “adjudicación” o “distribución” para explicar la “transacción cooperativa”, ello no excluye acudir a la figura de la compraventa entre Cooperativa y socios (en cuyo sentido debe tenerse en cuenta que el art. 146.1º LGC, respecto a las Cooperativas Educativas, alude al “precio”; así como que el artículo 129.3º LGC, respecto a las de Viviendas, permite adjudicar o ceder a los socios la propiedad de ésta mediante “cualquier título admitido en derecho”). Que, con independencia de la calificación que se atribuya a la “transacción Cooperativa”, lo cierto es que su régimen jurídico, tanto en materia fiscal como civil o mercantil, será el general, siquiera deba matizarse en función de las especialidades antes apuntadas: Así ocurre en materia fiscal, respecto de la cual nos remitimos al comentario correspondiente; y también en el aspecto sustantivo por cuanto no cabe negar la aplicación de las normas generales sobre compraventas a las entregas de bienes a título oneroso que impliquen transmisión de propiedad efectuadas por la Cooperativa en favor de los socios (Cooperativas de viviendas...)” A favor de la relación de cambio asimilable a un contrato, compraventa, arrendamiento o mandato, unida a la societaria, en las Cooperativas en general, se manifiesta TRUJILLO DIEZ, LJ: “*Las relaciones mutualistas entre socio y Cooperativa desde el derecho de sociedades y el derecho de contratos: una jurisprudencia en construcción*”. Cuadernos de Derecho y comercio núm. 26, 1998, pág. 126 y ss.*

Como exponentes de un desarrollo más amplio y posterior de la teoría de la representación indirecta debe citarse a MANRIQUE Y RODRÍGUEZ- POYO GUERRERO²⁰², que analizan cuatro puntos esenciales.

En referencia a la titularidad de los beneficios que se producen en la realización de la actividad cooperativa ofrecen dos interpretaciones, la primera, entender que la titularidad puede considerarse de la sociedad, de la Cooperativa, con el correspondiente derecho de crédito de los socios a que se les reintegre su parte en el retorno cooperativo ; y la segunda sería considerar que el resultado se produce directamente en el socio, al que la Cooperativa le reintegrará lo que es suyo. Se inclinan a favor de esta última opción²⁰³ -no olvidemos que se parte de que la Cooperativa es un mandatario o representante del socio-.

Al hilo de la imputabilidad de las pérdidas manifiestan que, tanto en la Ley de 1974 como en la LC actual, art. 59 -artículo 87 LGC-, se entienden soportadas por las reservas o los socios en proporción a su actividad cooperativa, por lo que son del socio, y no de la sociedad²⁰⁴.

En tercer lugar, sobre la utilización y participación del socio en los servicios cooperativos afirman que ésta no se materializa en contratos, aunque sean “*formalmente asimilables*”, no desechándose que se trate de un acto debido, puesto que la

²⁰² MANRIQUE ROMERO, F. Y RODRIGUEZ POYO-GUERRERO, JM: “*La Cooperativa : garantías formales para su eficacia en el tráfico*”. Rev. Derecho Notarial, Madrid julio - diciembre 1980, pág. 29 a 155. Se adhiere a la opinión de éstos TRUJILLO DÍEZ, I.J: “*Comentario a la STS de 16-2-1998*”, en C.C.J.C núm. 47, pág. 819 y ss. -Por error tipográfico se confunde la sentencia, realmente es la de 3-3-1998-.

²⁰³ MANRIQUE Y RODRIGUEZ POYO-GUERRERO : “*La Cooperativa : garantías formales para su eficacia en el tráfico*”... *cit*, pág. 44. Citan a favor de esta opción a Verrucoli que afirma que el retorno corresponde a una retención realizada por la Cooperativa de algo que pertenece al socio. Aunque Verrucoli desarrolla la doctrina del acto debido, e inicialmente no hace referencia a la representación, posteriormente afirma que la Cooperativa “actúa institucionalmente en interés del socio (ver nota a pie 124).

²⁰⁴ MANRIQUE Y RODRIGUEZ POYO-GUERRERO : “*La Cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico*”... *cit*, pág. 46.

Cooperativa es mandataria de los socios y contrata con terceros en nombre propio pero interés ajeno²⁰⁵. En la relación entre la Cooperativa y el socio, ésta es una empresa de servicios que actúa en nombre del socio y no adquiere la propiedad. Concretamente, en las Cooperativas de viviendas, *“no habrá transmisión ulterior de la cooperativa al socio, sino simple reconocimiento de que éste es el propietario... entre cooperativa y socio no hay más que una relación de gestión, o si se quiere de representación indirecta... no es retribuida, pero no excluye : que el socio deba reintegrar gastos y perjuicios... que la cooperativa tenga personalidad independiente de los socios y patrimonio propio... Podemos concluir que la Cooperativa es una empresa que gestiona exclusivamente los intereses de sus socios, que son los que reciben directamente los resultados de tal actividad en su propio patrimonio, y porque el resultado es suyo, lo reciben en proporción a las operaciones que con la cooperativa han realizado”²⁰⁶... La Cooperativa no vende las viviendas, sino que se las proporciona a los socios y estos adquieren la propiedad directamente, puesto que la Cooperativa, aunque en propio*

²⁰⁵ MANRIQUE Y RODRIGUEZ POYO-GUERRERO : “La Cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico”, cit., pág. 61 y ss : “FERRUCOLI, con exactitud, rechaza para tales actos la calificación de contratos en cuanto representan un acto debido por la sociedad al socio, con lo que desaparece la contraposición de partes, desenvolviéndose el acto, además, institucionalmente, en interés del socio... los autores deducen que no se pueden asimilar a contratos de cambio por argumentos tales como los aportados por la Ley de 1974 y el Reglamento de 1978 : la aportación a servicios cooperativos no son aportaciones al capital, no se transmiten a la cooperativa y pueden ser embargadas por los acreedores de los socios y dichas entregas de bienes no tienen la consideración de ventas. Los argumentos anteriores son aplicables en la actualidad, excepto el segundo relativo a los acreedores y la propiedad de dichos servicios. La admisión o no de la consideración de ventas no es obstáculo para que, en casos necesarios, pudiera acudir a la legislación de compraventa como supletoria (si se admite que son actos formalmente asimilables a ésta, aunque materialmente no lo sean, siempre que no se admita la teoría de la representación indirecta - podría encajar en otras teorías).

... cuando los socios realizan entregas o pagos al valerse de los servicios sociales, tales relaciones no son, ni parece que deban asimilarse, a contratos de cambio. La Cooperativa, como empresa de servicio que es, gestiona los intereses de los socios, en cuyo patrimonio se produce directamente el resultado económico de la gestión. La cooperativa contratará con los terceros en nombre propio, pero siempre en el interés ajeno que es el de sus socios... los celebrará en nombre propio pero siempre en interés de los socios, suprimiendo el intermediario. El supuesto de hecho es el mismo que el que contempla el art. 1717 del CC y el 246 del C de c”.

Como hemos planteado en el análisis de la doctrina del acto debido, no parece viable admitir una teoría de forma absoluta. Deberá estudiarse su aplicación en función del supuesto concreto y del momento de la vida cooperativa en que nos encontremos, y tener en cuenta que cada teoría contempla un aspecto distinto de la vida cooperativa.

²⁰⁶ MANRIQUE Y RODRIGUEZ POYO-GUERRERO : “La Cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico”... cit, pág. 64-5.

nombre haya adquirido el terreno y contratado la construcción, lo ha hecho como mandataria de los socios, aunque sin indicar a los terceros esta calidad, en un supuesto de representación indirecta... La Cooperativa aparecerá como titular formal de los inmuebles en el Registro de la Propiedad, y al adjudicar las viviendas a los socios por el sistema establecido en los estatutos o determinado por la Asamblea, se limitará a otorgar un reconocimiento de propiedad. Este reconocimiento está fundado en el propio mandato legal de que la cooperativa no vende, y en modo alguno puede considerarse como transmisión. Las escrituras públicas en que las cooperativas adjudican las viviendas a sus socios no son por tanto forma de una transmisión onerosa o lucrativa de las mismas ; no es preciso resaltar la trascendencia de la afirmación a efectos fiscales²⁰⁷ ”.

Respecto al carácter mercantil o no de la Cooperativa de viviendas distinguen estos autores dos supuestos. El primero de ellos, si la Cooperativa construye las viviendas ella misma, sería una entidad mercantil por dedicarse a dicha actividad. Pero si la Cooperativa encarga la construcción a otras empresas su función será de gestión²⁰⁸. Relacionando lo anterior con el primer capítulo de la tesis, estimo que no parece del todo completa la calificación de primer supuesto, porque dependerá de si realiza esa actividad de forma habitual, permanente, con un riesgo y un beneficio partible.

²⁰⁷ MANRIQUE Y RODRIGUEZ POYO-GUERRERO : “La Cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico”... cit, pág. 132 y 134. No podemos evitar un comentario a esta última frase, puesto que las normas fiscales generalmente crean y utilizan sus propios conceptos. La razón de que las Cooperativas, en algunos casos, gocen de exenciones o privilegios fiscales se debe más a razones sociales, y a que el origen de esta figura en España responde al fomento de las mismas como fenómeno de autoconstrucción. Sin embargo, no podemos basarnos en las normas fiscales como una razón añadida, puesto que en el momento en que lo desee el legislador modifica y adapta el concepto “a los efectos fiscales” y no se ocupa excesivamente de su regulación en otras ramas jurídicas.

²⁰⁸ MANRIQUE Y RODRIGUEZ POYO-GUERRERO : “La Cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico”... cit, pág. 73.

También GIRÓN TENA se muestra favorable hacia la representación indirecta, lo que se deduce de los elementos que considera definitorios de las Cooperativas²⁰⁹ : 1. Carencia o necesidad común de los socios. 2. Organización cuyo fin de satisfacción de la necesidad común excede a ésta, organización al servicio de sus miembros. 3. Relación circular entre el socio - cliente y la Cooperativa a la que pertenece.

En la actualidad otros autores, como CABAÑAS TREJO Y NAVARRO VIÑUALES²¹⁰, admiten expresamente la opinión de Manrique y Rodríguez Poyo – Guerrero, y siguen manteniendo, respecto de los efectos de esta teoría, que el beneficio se produce en los socios, no en la Cooperativa, afirmando que el retorno es el medio de distribuir lo que es de los socios.

La admisión de la teoría de la representación indirecta supone que los pagos para la obtención de servicios cooperativos como las viviendas, que no integran el capital social, se consideren propiedad de los socios. Se mantiene la titularidad jurídica del socio, aunque se ponga en manos de la Cooperativa su gestión -quedan sujetas a las condiciones impuestas por ella, según el art. 52.3 de la LC –en el mismo sentido el art. 81.2 de la LGC-. Algunos autores²¹¹ matizan que la LC debería haber incluido, como han

²⁰⁹ “La cooperación aparece como una sustitución de los empresarios capitalistas por los propios destinatarios de la actividad empresarial de aquéllas. Sus elementos definitorios serían, en primer lugar, una determinada carencia o necesidad que afecta a un sector de población, es decir, que es común a ese sector, en cuya satisfacción va el carácter no especulativo y si de protección, de la cooperación. En segundo lugar, una organización cuyo fin queda extrvertido a la organización misma porque consiste justamente en la satisfacción de aquella necesidad común de aquel sector social, de ese grupo. Cuando se dice que **la Cooperativa es una empresa de servicios al servicio de sus componentes**, se quiere decir que **no es la empresa común la que ahorra o gana y luego reparte, sino que son sus miembros los que lo hacen, en proporción a sus posiciones económicas y a su relación con la cooperativa... y, en tercer lugar, su técnica consiste en cerrar el círculo socio - empresa o actividad empresarial - cliente. La relación empresa - cliente se funde : la cooperativa opera con sus miembros.” GIRÓN TENA, J : “Las sociedades mercantiles en el Código de comercio” en Centenario del Código de comercio, vol. 1º. Ministerio de Justicia, Madrid 1986. Pág. 183-4.**

²¹⁰ CABAÑAS TREJO, R Y NAVARRO VIÑUALES, JM : “Cooperativas : disposiciones generales y artículos 1 a 5 en Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa”. Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pág. 411.

²¹¹ BILBAO. COMISIÓN DEL COLEGIO NOTARIAL (Basterra Pinilla MªJ, Martínez Sánchez MM, Hernández Lavado L, Ares de Parga Saldás E, Bustamante Esparza JL, Sobrino González L). “Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa”. Consejo General del Notariado, Madrid, 1996. Art. 81.2”, pág. 890 y

hecho otras leyes autonómicas, la afirmación de que las aportaciones para las viviendas no integran el patrimonio cooperativo y no pueden ser embargadas por los acreedores sociales, junto con otras características de dichos pagos, como es que no integran el capital social, que si se contemplaban expresamente por la LGC, y también en la LC. MANRIQUE PLAZA²¹² se adhiere a la teoría de la representación indirecta de la Cooperativa, que debe ser no retribuida. Rechaza que la adjudicación de la vivienda al socio sea formalmente asimilable a la compraventa, y admite que se trata de un acto debido de la Cooperativa al socio, con los apoyos legislativos de los art. 52.3 y disposición adicional quinta apartado segundo de la LC -art. 81.2º y 155.1º LGC-. La adjudicación es un acto de reconocimiento de la Cooperativa, titular formal, de la propiedad del socio, titular material de la vivienda. Se trata, según el autor, de un supuesto de representación indirecta –en el sentido de los art. 1717 CC y 246 C de c-, admitiendo las conclusiones aportadas por Gullón respecto al mandatario en nombre propio, que no adquiere nada para él, titular formal, sino para el mandante, titular material, en favor del cual el primero reconocerá la propiedad o titularidad adquirida de tercero.

Debe destacarse la opinión doctrinal de FAJARDO GARCÍA²¹³, que afirma expresamente respecto a la Cooperativa de viviendas la titularidad del socio de los pagos

ss. También hacen un estudio de la normativa cooperativa española de este siglo, que en general se ha mantenido prácticamente igual, aunque en alguna ocasión se mantuvo la libre transmisibilidad de la aportación para vivienda (Reglamento de 1943, art. 12 y Reglamento de 1971, art. 16).

Para las normas autonómicas, ver nota a pie 88.

²¹² MANRIQUE PLAZA, F: “*Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa*”: LGC art. 129 y ss. Consejo General del Notariado, Madrid 1996, pág. 1094 y ss.

²¹³ FAJARDO GARCÍA, G: “*La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios*” ... cit, pág. 83 y ss, en las que manifiesta la dificultad e indefinición doctrinal sobre la relación jurídica entre la Cooperativa y el socio, refiriéndose a los autores citados en orden a la teoría de la interposición gestora y a las afirmaciones del TS. Se refiere a la adjudicación como “*el negocio jurídico por el que el socio adquiere la propiedad individual sobre la vivienda construida o promovida por la Cooperativa... el asociado era ya anterior copartícipe*”.

Literalmente en la tesis afirmaba que, “*Cooperativas de viviendas*.”

para adquisición de la vivienda, la titularidad formal de la Cooperativa y el riesgo de los fondos aportados a cargo de la Cooperativa. La autora, en artículos posteriores²¹⁴, se refiere expresamente a la responsabilidad y propiedad del socio de la vivienda, y al carácter instrumental de la Cooperativa. Aunque no se manifiesta expresamente a favor de la interposición gestora, la recoge y afirma que la tiene en cuenta y, como se deduce de sus conclusiones, en el fondo la admite.

Aunque literalmente se hace referencia a esta teoría como interposición gestora, como veremos en el siguiente capítulo, realmente se está considerando la relación entre la Cooperativa y el socio como una representación indirecta de la primera en nombre propio y por cuenta ajena, y ello hace que literalmente se adopte esta segunda expresión, y no la inicialmente planteada por la doctrina. Aunque en los inicios AGUILAR GARCÍA se refiere a éste como un caso de representación, sin más, el resto de autores que desarrollan la hipótesis parten de considerarla como un caso de mandatario en nombre propio, basándose en la opinión de GULLÓN²¹⁵. También podría admitirse la

Los pagos a cuenta hechos por el socio a la Cooperativa son propiedad de aquél, aunque ésta tenga su disponibilidad. Por ello, el acreedor del socio tiene derecho a embargar las cantidades entregadas por éste. Si se han invertido, podrá hacer valer los derechos que correspondan al socio embargado.

La titularidad de la Cooperativa sobre las viviendas es plenamente formal.

La Cooperativa no adquiere la vivienda y la revende a cada socio ; la adjudicación de la vivienda a éste supone la sustitución del derecho de copropiedad del socio sobre los fondos aportados, por la propiedad de la vivienda que se le adjudica.

La Cooperativa no realiza una intermediación en el tráfico. Por eso no es sujeto pasivo del Impuesto sobre el incremento de Valor de los Terrenos.

El riesgo sobre los fondos aportados lo soporta la Cooperativa, en base al art. 1687 CC.” Lo anterior ha sido contrastado con la tesis citada, y estas son las conclusiones a las que llega la autora, admitiendo como válidas las afirmaciones del TS en la materia, FAJARDO GARCÍA, G : “*La gestión económica de la Cooperativa : la responsabilidad de los socios*”, tesis doctoral. Valencia 1992, pág. 220 y 228.

²¹⁴ FAJARDO GARCÍA, G : “*La responsabilidad del socio en la gestión económica de la cooperativa de viviendas desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, CIRIEC, legislación y jurisprudencia núm. 5, Valencia 1995, pág. 416 : “*al ser la Cooperativa una entidad instrumental de los intereses de los socios, el coste de la vivienda debe ser sufragado por éstos, que son en definitiva sus propietarios directos ; el beneficio o pérdida patrimonial que se derive de la gestión económica de la construcción de la vivienda pertenece al socio.*”

²¹⁵ GULLÓN BALLESTEROS, A : “*Mandatario que adquiere en nombre propio*” en Estudios Jurídicos en homenaje a de Castro I. Tecnos Madrid 1976, pág. 777. Este autor plantea una visión nueva del mandatario que adquiere en nombre propio pero por cuenta ajena. Frente a la teoría clásica, que negaba la representación en este supuesto manteniendo la transmisión del tercero al mandatario, que puede transmitir posteriormente al

representación indirecta e interpretar la figura del mandatario en nombre propio según el planteamiento de DE CASTRO sobre el negocio fiduciario (el mandatario como el fiduciario es titular formal, el mandante es titular material como el fiduciante)²¹⁶. Estas cuestiones serán analizadas en el siguiente capítulo, en el estudio de la representación indirecta como hipótesis respecto de la relación entre la Cooperativa y el socio, por lo que simplemente las citamos, dejando para ese momento su posterior desarrollo.

La interposición gestora, admitida en las últimas décadas como forma de entender las relaciones que surgen en las Cooperativas de viviendas entre la Cooperativa y los socios,

mandante, Gullón afirma que existe una verdadera representación. Se produce la adquisición de la propiedad formal por el mandatario (en nuestro caso la Cooperativa) frente a terceros, aunque el propietario material sea el mandante (los socios). El mandatario no precisa transmitir al mandante, sino que realiza un reconocimiento de que éste es el verdadero propietario y le entrega la posesión. La jurisprudencia aportada por el autor es favorable, en general (no unánime), a la adquisición del mandante. Gullón también mantiene que, en las relaciones entre las partes, los terceros no tienen acción contra el mandante ni éste frente a ellos, excepto que conozcan que el asunto es suyo. Los terceros que actúan con el mandatario están protegidos frente al mandante si cumplen los requisitos del art. 34 LII o 464 del CC, los acreedores del mandatario no pueden embargar el bien, y en caso de quiebra se aplica el art. 909 del C de c que excluye los bienes del mandante de la quiebra del mandatario (Art. 909.4º C de c : “*Se consideran comprendidos en el precepto del artículo anterior (bienes de dominio ajeno) para los efectos señalados en él (puesta a disposición de los legítimos dueños) : 3º. Los bienes y efectos que el quebrado tuviere en depósito, administración, arrendamiento, alquiler o usufructo. 4º. Las mercaderías que el quebrado tuviere en su poder por comisión de compra, venta, tránsito o entrega.*”)

“ Del conjunto de sentencias examinadas se extraen las siguientes conclusiones...”

1º. la propiedad de lo adquirido es directamente del mandante no es necesario en modo alguno un nuevo negocio de transmisión entre mandatario y aquél. 2º. como la propiedad es del mandante ab initio, desde la celebración del negocio adquisitivo, la obligación del mandatario, derivada del contrato de mandato y con fundamento en el art. 1720, es no sólo transmitir la posesión de la cosa que detenta, sino otorgar la escritura pública de reconocimiento de la propiedad del mandante. 3º. En esa última actividad se admite siempre la sustitución de su voluntad por el Juzgado. 4º. El éxito de la acción del mandante contra el mandatario para que se declare su derecho de propiedad lleva aparejada la rectificación del Registro de la Propiedad si es necesario. 5º. El mandatario que posee el bien adquirido no es poseedor en concepto de dueño. 6º. el mandatario no puede oponer a la acción del mandante la prescripción adquisitiva ordinaria. Creemos que la extraordinaria sí. 7º. En las relaciones entre mandante y mandatario se produce el mismo efecto que en la representación directa, si bien con un plus : la necesidad de poner en consonancia la realidad de la adquisición del mandante con su exteriorización.”

DE CASTRO también cita otra norma del Código Penal, con un fundamento similar al anterior a favor de esta concepción. Se trata del delito de apropiación indebida, recogido en el art. 535 del CP antiguo (texto refundido de 1973) y en el 252 del nuevo (L.O 10/1995 de 23-11), que condena la apropiación indebida de dinero, efectos o cosas muebles (en el CP actual también valores) recibidos en comisión o administración: DE CASTRO, F : “*Temas de Derecho Civil*”, Marisal, Madrid 1976, pág. 128.

El planteamiento de Gullón respecto a la interpretación del mandatario en nombre propio aplicable al supuesto de representación indirecta (que como tal no tiene regulación en el CC), ha sido recogido por la mayoría de la doctrina, que lo mantiene en la actualidad. Así lo expresa LEÓN ALONSO, J.R: “*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*”: dirigidos por M. ALBALADEJO, art. 1709 y ss., tomo XXI, vol. 2º, Edersa, Madrid 1986, pág. 182 y ss.

²¹⁶ LEÓN ALONSO, “*Comentarios al CC*...” ..., cit, pág. 191 (art. 1717).

considera a la Cooperativa representante indirecto de los socios, que actúa en nombre propio y por cuenta de éstos frente a terceros, con los que la Cooperativa, representante, celebra compraventas, permutas, contratos de obra, servicios, préstamos... La adquisición de la vivienda es el resultado de la aportación de los socios y de una sucesión de hechos y contratos celebrados entre la Cooperativa y los terceros; y su propiedad es reconocida posteriormente por la Cooperativa a favor de los socios. La titularidad de las viviendas pertenece formalmente a la Cooperativa, representante, aunque material y realmente el titular es el socio representado, existiendo una única transmisión a favor del mismo.

2.3.2. Visión crítica de la teoría de la interposición gestora. Cuestiones que resuelve y problemas que plantea.

1. Cuestiones y aspectos de las Cooperativas de viviendas que se resolverían con esta teoría.

Hemos planteado previamente, y de forma escueta y resumida, el núcleo principal de esta teoría, y pasamos a ofrecer a continuación las cuestiones que podrían resolverse con su admisión, y la compatibilidad de la misma con la regulación estatal de Cooperativas de viviendas.

1. La división entre titular formal y titular material, Cooperativa y socio, conlleva la existencia de una única transmisión de la propiedad en favor del titular material, el socio²¹⁷. Aunque registralmente²¹⁸ se contemple la titularidad formal de la Cooperativa, debido a su condición de representante, ésta procede únicamente a reconocer el derecho del socio. Inicialmente la Cooperativa será titular formal del

²¹⁷ También se manifiesta a favor de esto, a los efectos del Impuesto sobre incremento de valor de los terrenos, la sala 3ª del TS, que entiende que existe una sola transmisión en favor de todos los socios coparticipes, que posteriormente adquieren en exclusiva el derecho a su cuota parte, siendo la Cooperativa un mero coordinador (análisis a fondo de esta perspectiva en el capítulo cuarto de la tesis).

²¹⁸ Esta especial situación puede apoyarse en el art. 8.4º de la LHI, que admite la inscripción en favor del dueño del edificio en construcción o de los titulares de los pisos.

solar cuando lo adquiriera en representación de los socios -a cada uno le corresponderá una cuota parte concreta del total, no determinada todavía en una vivienda concreta-. Cuando el inmueble esté en construcción o construido la inmatriculación del edificio podrá hacerse en favor de la Cooperativa, al igual que sucedió con el solar, o bien en favor de los titulares de los pisos iniciados. Con la división en propiedad horizontal de las viviendas concretas cada socio será titular de la que le haya correspondido, y a favor de éste se reserva.

2. Si se admite que la Cooperativa es un representante del socio, la aportación para el pago de vivienda y la vivienda resultante pertenecen en propiedad a éste, en todo momento. Esta circunstancia tiene base jurídica en la LC, que mantiene que no se incorpora al capital social, artículo 52.3 de la LC –art. 81.2º LGC-, y lo regula como ajeno al patrimonio cooperativo. La aportación a la actividad cooperativa no sería propiedad de la Cooperativa que, como mandatario, no puede apoderarse de ello, ni tampoco sus acreedores (en caso de quiebra o concurso), excepto en los casos en que su derecho de crédito tenga origen en las viviendas.
3. La admisión de la teoría de la representación indirecta supondría admitir que el socio es el propietario de lo aportado para la construcción de las viviendas, y con ello también del excedente o las pérdidas de la Cooperativa en dicha actividad, y del reembolso de estas cantidades en caso de baja y del retorno, lo que es compatible con la visión de la Cooperativa y su regulación. La LC regula la repercusión de los beneficios y pérdidas de la Cooperativa sobre el socio, que recaen sobre el fondo de reserva obligatorio y sobre los socios en proporción a su participación en la actividad cooperativa, artículos 58 y 59 de la LC –art. 84 y 87 LGC-. Respecto al reembolso de las aportaciones para pago de vivienda, art. 51 LC -art. 80 LGC- y el retorno, art.

58 de la LC -art. 85 LGC- también son propiedad del socio, que los recibe de la Cooperativa y puede exigirlos a ésta.

4. La transmisión de la propiedad de la vivienda requiere un título y un modo. De admitirse que la función de la Cooperativa sea una representación indirecta, el título en virtud del cual el socio adquiere la propiedad podría ser la edificación realizada en un solar que le pertenece, aunque en copropiedad con el resto de socios, posteriormente dividida. La individualización de la vivienda se produciría con la división en Propiedad Horizontal del edificio construido. La propiedad de la vivienda se adquiere en el momento de entrega de la misma al socio, cuando la Cooperativa procede a reconocer la propiedad del socio, adjudicándola. La remisión a otras figuras civiles para explicar las relaciones jurídicas entre Cooperativa y socios con terceros y la adquisición de la propiedad se produciría por la aplicación de la normativa por razón de la actividad u objeto cooperativo admitida por la LGC, art. 116.2. Tal normativa es aplicable aunque la LC actual no se refiera a ella.

II. Problemas que plantea la admisión de esta teoría

La teoría de la interposición gestora, tal y como la presenta la doctrina, no resuelve todas las cuestiones, porque observa sólo un aspecto parcial de la relación entre la Cooperativa y el socio, y deja cuestiones importantes pendientes. Ello nos lleva a dudar de su admisión de forma absoluta, o como única explicación de la relación cooperativa, teniendo en cuenta, además, que no aclara cual es la base de la representación. Podría, sin embargo, ser útil para explicar la relación entre la Cooperativa y el socio respecto de la actividad o servicio cooperativo, dejando al margen las cuestiones relativas a la propiedad, que intentaremos resolver, o las puramente asociativas, de las que se ocupa la LC. Algunos de los problemas o dudas que quedan sin resolver son los siguientes.

1. Se prescinde o no de la personalidad jurídica de la cooperativa según cada momento, recurriendo a la comunidad de personas, copropietarios, que constituyen la persona jurídica cooperativa para lograr sus fines. Se prescinde de la personalidad jurídica con relación a la imputación de pérdidas o excedentes, que son del socio, y en la organización de las prestaciones o pagos para la vivienda y la propiedad de la misma antes de su entrega a los socios, al mantener que dichas cantidades les pertenecen en propiedad. Esto ocurre especialmente si, además de lo anterior, se entiende que la adjudicación de la vivienda se produce por la división de la comunidad de bienes formada por los socios en PH. Este régimen de copropiedad es comprensible si partimos de la base de que la Cooperativa es siempre un representante indirecto de los socios, pero es dudoso en orden a que choqua con la razón de ser de la Cooperativa como persona jurídica, representante, sin acudir directamente a la comunidad de bienes. La razón práctica oculta es la utilización del régimen jurídico privilegiado de que gozan las Cooperativas de viviendas, que repercute en los socios, y el propio beneficio que supone la persona jurídica en sí. También puede considerarse este supuesto como fruto de una defectuosa evolución de la figura cooperativa, en orden a su especialidad. Junto a los aspectos en los que se prescinde de la personalidad jurídica de la Cooperativa, civiles e internos, no podemos olvidar que ésta se refleja y utiliza en muchos otros, como en relación con los terceros, en la organización interna del grupo...
2. Se parte de la gestión no retribuida realizada por los órganos cooperativos, compuestos por los propios socios. Sin embargo, aún admitida la condición de representante gestor indirecto de la Cooperativa, que actúa mediante sus órganos, hay que plantearse que, en muchos casos, las Cooperativas acuden a empresas

gestoras dedicadas a la administración, contratadas por la Cooperativa, quedando esta última como un ente que representa a los socios, y que en ocasiones llega a ser excesivamente instrumental.

3. Una de las situaciones de mayor complejidad radica en que los socios son representados y representantes a la vez, al formar parte de la Cooperativa. Este planteamiento podría dificultar el entendimiento de las relaciones entre ambos, y no favorece la exigencia de responsabilidad a los órganos gestores de la Cooperativa, al estar formada por los socios, o la imputación de los riesgos sobre lo aportado a la Cooperativa. No se evita, admitiendo esta teoría, que la exigencia de responsabilidad por abusos cometidos por los gestores de la Cooperativa puede llegar a repercutir sobre los socios. Patrimonial y subsidiariamente a la Cooperativa los socios responden por su aportación, de forma mancomunada, puesto que la solidaridad entre ellos debe determinarse expresamente²¹⁹.
4. Con relación a la inserción o ingreso de los socios en la Cooperativa no se explica la repercusión de la baja y expulsión de los socios, sanciones impuestas por la Cooperativa ante infracciones de éstos, sobre la adjudicación de vivienda. Si el socio es expulsado o causa baja en la Cooperativa pierde también el derecho a la vivienda. Parece que, en principio, la relación con la Cooperativa representante, no tendría porqué afectar a su cualidad de representado. En este tema la teoría debería completarse con la del acto debido, ya que sólo entendiendo el vínculo especial entre la relación asociativa y la relación cooperativa puede comprenderse la esencia de las

²¹⁹Lo afirman expresamente BILBAO, COMISIÓN DEL COLEGIO NOTARIAL, "*Comunidades de bienes, Cooperativas...*" ... *cit.*, art. 71 a 89, pág. 830, aunque también puede pactarse la solidaridad con la Cooperativa y entre ellos.

Cooperativas de viviendas, en las que la pretensión de alcanzar la propiedad de la vivienda se encuentra condicionada a la permanencia en la condición de socio.

5. Existen algunas contradicciones en materia de acreedores. Los acreedores del socio no tienen ningún derecho sobre la aportación a la vivienda de éste, sólo sobre los reembolsos y retornos que le correspondan, según exige la disposición adicional tercera de la Ley actual –similar al art. 79 LGC-, y ello aunque según los partidarios de esta teoría de la interposición gestora, la aportación a vivienda sea propiedad del socio. Debe tratarse de un tipo especial de propiedad, o de una copropiedad temporal adaptada a las circunstancias cooperativas. Conforme a esta teoría, los acreedores de la Cooperativa no tienen ningún derecho sobre la aportación a vivienda del socio o sobre la vivienda construida, salvo que su crédito tenga causa en la construcción de la vivienda.
6. La teoría de la interposición gestora no desarrolla, ni se ocupa, de las consecuencias que provocaría su admisión en la relación de la cooperativa con terceros, y la inclusión de los socios en esta relación. Los autores partidarios de esta hipótesis la esbozan y plantean, pero no resuelven las cuestiones fundamentales de ella. La propia denominación de la teoría “interposición gestora” es equívoca, refiriéndose más bien al supuesto de “representación indirecta”. Debe analizarse la relación representativa entre la Cooperativa y los socios, para intentar averiguar cual es la base o causa de ésta. Es cierto que ambas partes tienen derechos y obligaciones recíprocos entre sí, pero no existe una contraposición entre ambas, por lo que aunque se nos remite a la representación, debe matizarse de que tipo es ésta, y si existe alguna relación básica fundamental, la asociativa u otra distinta.

7. Antes de decantarnos por esta posibilidad, deberían descartarse otras figuras afines a ésta²²⁰.
8. La teoría analizada no puede utilizarse de forma absoluta para explicar todos los supuestos en los que se utiliza la figura cooperativa. No ofrece una solución para todos los casos que se plantean el tráfico, especialmente aquellos en los que la Cooperativa construye las viviendas, o en los que una vez construidas las viviendas se cede el uso de las mismas y no su propiedad. Si la Cooperativa construye las viviendas también asume la posición del tercero constructor -aunque subcontrate algunas tareas si es preciso-. Tampoco se plantea lo que ocurre con la gestión, y si esta es realizada por los órganos cooperativos, o por un tercero. No es exacto que los sujetos sean siempre los mismos puesto que las circunstancias de la práctica varían en cada supuesto en función de quienes intervengan, gestora, constructor, cooperativa, propietario del solar..., y deben analizarse en cada caso, lo que será objeto de un mayor desarrollo. La teoría de la representación indirecta, antes llamada interposición gestora, es antigua y además incompleta, porque no trata más que un aspecto de la relación entre la Cooperativa y el socio sin resolver cuestiones esenciales relacionadas con la actividad cooperativa.

2.3.3. Una nueva visión del problema, distinción de diversos supuestos, ya planteados al inicio del estudio de la adjudicación de la vivienda como servicio o actividad cooperativa, y aplicación a éstos de la teoría de la representación indirecta.

Hasta aquí el desarrollo planteado de la teoría de la representación indirecta de la Cooperativa respecto del socio y los problemas que ésta plantea. Dicha relación de

²²⁰ Siguiendo la distinción que plantea ALBALADEJO, M: "*El negocio jurídico*"... cit, pag. 337 y ss, deben excluirse los supuestos de nuncio o mensajero, gestión de negocios ajenos, mandato, mediación. También el contrato a favor de tercero y para persona a designar. De estas cuestiones nos ocuparemos en el capítulo tercero de la tesis.

representación responde claramente a la idea básica de las Cooperativas, personas jurídicas de tipo asociativo, que reúnen los intereses individuales de sus asociados para llevarlos a efecto en conjunto, de forma que sean no sólo posibles, sino más ventajosos para éstos. A partir de lo anterior consideramos necesario estudiar y ofrecer una perspectiva distinta de la misma, según la práctica que la realidad cooperativa ofrece. De tal forma hemos distinguido, en general, varios supuestos para estudiar las relaciones jurídicas, la adjudicación de las viviendas, en cada uno de ellos, y así los analizaremos desde el punto de vista de la representación indirecta, siempre teniendo en cuenta que nos referimos exclusivamente a la adjudicación de la vivienda en propiedad al socio. Se deduce, de la práctica española del Cooperativismo de viviendas²²¹, que en la cesión al socio de la propiedad de su vivienda convergen tres pilares fundamentales, constructores, cooperativas y gestoras. Ello reafirma la opción manifestada respecto al análisis de los supuestos según sus características, en orden a concluir que éste es el camino que sigue el cooperativismo de viviendas en nuestro país, al margen de que pueda pensarse que no responde a la esencia cooperativa tal y como ha sido históricamente concebida.

Debemos tener en cuenta, tanto la realización de la función de construcción como la de gestión.

1. Construcción por un tercero mediante encargo de la Cooperativa, o directamente por ésta.

Puede distinguirse varios supuestos en función del sujeto que construye, ya sea la Cooperativa o un tercero.

²²¹ No podemos evitar aludir a algunas conclusiones personales extraídas de las ponencias del Primer y Segundo Foro Nacional del Cooperativismo, organizado por CONCOVI (Confederación Nacional de Cooperativas de viviendas) y AGECOVI (Asociación de Gestoras de Cooperativas de viviendas) y celebrados los días 30 y 31 de enero de 1997 y 27 de noviembre de 1998 en Madrid.

Si la Cooperativa encarga la construcción a un tercero actúa como representante de los socios frente al tercero que construye. La relación entre la Cooperativa y el socio es esencialmente representativa, con base o no en el negocio de constitución de la Cooperativa o bien en un mandato, pero en todo caso en nombre propio y por cuenta ajena. La relación con los terceros, contratos de servicios u obra, compraventa... se entenderá celebrada por la Cooperativa, representante de los socios.

Respecto al derecho sobre la vivienda debe resolverse si la relación con cada socio es individual en todo momento, adquiriendo éste su derecho sobre una vivienda determinada o determinable en función de un criterio objetivo, o si se ve afectada por el hecho de que los socios ingresen en una copropiedad temporal sobre lo aportado, que utiliza la persona jurídica cooperativa, actuando como un solo representado, y adquiriendo todos el inmueble sin perjuicio de la concreción posterior de las cuotas. Una vez transmitida la propiedad de las viviendas a los socios puede procederse a la extinción de la Cooperativa por conclusión del objeto, según el art. 70 de la LC -art. 103 LGC-, aunque esto no es necesario y puede continuar gestionando las zonas comunes. En este sentido, la figura de la Cooperativa sería semejante a la construcción en régimen de comunidad aunque “se ofrece” como supuesto de adquisición, desde el inicio, de la propiedad de la vivienda. No está claro que tengan esta relación o semejanza, ni tampoco que no sea así, cuestión que dejamos pendiente de desarrollo hasta el cuarto capítulo de la tesis.

Si la Cooperativa construye los inmuebles por sí misma generalmente acudirá al sistema de subcontratación con terceros para la realización de algunas tareas, y la compra de materiales, lo que no lleva en ningún caso a la aceptación del tercero como parte de relaciones principales. Podría admitirse la gestión de la Cooperativa por otra

empresa, pero generalmente, en estos casos de promoción y construcción por la Cooperativa, la delegación de la gestión se realizará sólo respecto de algunos aspectos concretos -por ejemplo : contabilidad, auditoría de cuentas...- mediante arrendamiento de servicios, obra o mandato. Si la autoconstrucción es realizada materialmente por los socios podría identificarse con una cooperativa de ayuda personal mutua. Según la regulación estatal de la materia cooperativa este supuesto puede llevar también a una Cooperativa de trabajo asociado o una Cooperativa de viviendas en la que, junto a los socios que aportan capital, existen socios de trabajo que se ocupan de la construcción de las viviendas. Si la Cooperativa construye, no materialmente sino subcontratando con terceros, asume la posición del tercero constructor. Se trata de un supuesto de autoconstrucción²²², en que las funciones y responsabilidades de ésta recaen sobre los propios socios cooperativos, que en contraprestación obtienen el menor coste de la construcción. No parece que pueda acudirse al contrato de obra puesto que la Cooperativa y los socios no son partes contrapuestas, ni terceros ajenos entre sí, aunque basta con estimar que la Cooperativa asume dicha posición para llegar a aplicar las normas de aquél. Esta construcción propia no afecta a las cuestiones relativas a la propiedad de las viviendas. La Cooperativa actuará como representante indirecto de los socios en otros campos, de crédito, adquisición del solar, subcontratas...

²²² Es condenada la Cooperativa como constructora de las viviendas en la STS 8-10-1990 (AR. 7585), fundamentos de derecho uno a cuatro, y en la de 5-3-1993 (Ar. 2003), fundamentos primero y segundo, la de 8-5-1995 (Ar. 3942), fundamentos cuarto y quinto, como propietaria del suelo, promotora y constructora que subcontrata la ejecución y otros aspectos, y 7-5-1997 (Ar. 3845).

Parece que la única solución, en este caso de Cooperativa constructora, sería reclamar, por cuestiones relacionadas con la construcción, a los órganos gestores de la Cooperativa, en caso de que hubiesen realizado sus funciones de forma poco diligente, o excediéndose de sus facultades, o de forma ilícita, o que se hubiesen enriquecido indebidamente, ellos o terceros con los que contraten. Este es el riesgo que asumen los socios cooperativos, lo que debe ser objeto de publicidad suficiente antes de su ingreso en la Cooperativa.

II. Gestión propia o ajena de la Cooperativa.

Es el supuesto más frecuente dentro de la práctica de las Cooperativas de viviendas en España y por eso lo analizamos, aunque no se haya tenido en cuenta hasta ahora en la teoría cooperativa. La actividad de la empresa gestora, ajena a la Cooperativa, puede ser la promoción y gestión de la Cooperativa, o sólo la gestión, y la extensión de sus facultades puede ser muy amplia o estar limitada. Se aplica la teoría de la interposición gestora ya que la Cooperativa actúa como representante de los socios. En el primer caso la promoción de las viviendas responde a la iniciativa de una empresa gestora²²³, cuyos miembros, algunos de ellos, constituyen en un futuro próximo una Cooperativa de viviendas, con la que quedarán vinculados mediante un contrato de mandato y gestión o de servicios, celebrado por la Cooperativa o aceptado individualmente por cada socio en el momento de ingreso en la Cooperativa pero referido a la gestión de la Cooperativa. La actividad de la gestora puede ser de simple mediación en la relación con terceros, o de mandato o servicios respecto de la gestión de la Cooperativa ya constituida. La construcción puede realizarla un tercero, con el que se celebra un contrato de obra, o la propia gestora –se convertiría en una empresa inmobiliaria- que subcontrata los trabajos que precise y adquiere los materiales, pero realiza por sí misma dicha construcción asumiendo el papel de constructor. La gestora también responde por su actividad frente a la Cooperativa²²⁴. En este caso, puede construir un tercero o la propia gestora.

²²³ ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS GESTORES DE COOPERATIVAS Y COMUNIDADES DE VIVIENDAS, AGECOVI ... *cit.* El funcionamiento de las Cooperativas por iniciativa de una gestora es muy frecuente y la obligatoriedad en su elección por los cooperativistas, en relación a Madrid, es de un 28%.

²²⁴ Así, debemos destacar algunas consecuencias que el TS, sala segunda, estima producidas para la Cooperativa, en un supuesto de responsabilidad civil subsidiaria por delitos de falsedad y estafa cometidos por un administrador de la misma frente a "socios" que no llegan a serlo por su causa : STS 21-1-1993 (Ar. 1484). El Tribunal condena subsidiariamente a la empresa gestora para la que trabajaba el administrador, cuyas funciones consistían en la promoción, fundación y gestión de la Cooperativa de viviendas ; y también condena subsidiariamente a la Cooperativa, fundamento de derecho primero, puesto que *"ambas (gestora y cooperativa) tenían el mismo domicilio social, que el procesado aparecía unas veces como empleado de la gestora y otras como empleado de la Cooperativa, actuando en la intervención de cuentas de esta última, con plenos poderes de dicha Cooperativa, lo que permitió, al menos con una tácita conformidad su actuación... la jurisprudencia de esta sala ha declarado reiteradamente : a) la relación de dependencia o servicio que posibilita la aplicación de la*

Si la **construcción es realizada por un tercero** la situación generalmente será similar al supuesto de construcción ajena en el caso de Cooperativa con gestión propia. La Cooperativa actúa como representante indirecto de los socios frente al tercero contratado para realizar la obra de construcción²²⁵, y frente a otros terceros; y ello aunque la gestión de la Cooperativa, e incluso la mediación frente a terceros, corresponda a la gestora, prescindiéndose de la Cooperativa a efectos de gestión, que es realizada por la empresa gestora.

Las cuestiones acerca de la propiedad de inmueble y las viviendas permanecen invariables, los socios son propietarios de los inmuebles en trámites de construcción o contruidos, en el estado en que se encuentren, y de lo aportado para su consecución. Así, puede mantenerse que a cada socio corresponde la propiedad de lo aportado para la

*norma legal puede ser laboral o no, siendo indiferente que sea gratuita o remunerada, permanente o transitoria. B) Es preciso un acuerdo de voluntades aunque sea mínimo, en virtud del cual la actuación del responsable penal queda sometida a la posible intervención del principal mediante órdenes o instrucciones. C) El acto sancionado ha de hallarse relacionado con la actuación impuesta o autorizada, dentro de un ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas, y dentro de la actividad llevada a cabo por el infractor. D) No es preciso que la relación entre el responsable penal y el civil tenga un carácter jurídico concreto. E) Tampoco que la actividad concreta del inculcado redunde en beneficio del responsable civil subsidiario. Es evidente, pues que **al aquí condenado como responsable penal, se encontraba en una situación de servicio en la que aquél, se hallaba potencialmente sometido a la posible intervención del responsable civil subsidiario, de quien recibía o debía recibir órdenes e instrucciones.**"* Pienso que, en este caso, el Tribunal podía haber acudido a la responsabilidad subsidiaria de la gestora para quien realmente presta servicios el administrador delincente, y no a la responsabilidad de la Cooperativa, puesto que ello implicaría la responsabilidad económica del resto de socios cooperativistas; aunque hubiese tenido que acudir a figuras como la simulación, el levantamiento del velo en base al fraude de ley, abuso de derecho o enriquecimiento sin causa en aplicación del principio de equidad, la buena fe... Como expresa DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *"La doctrina del "levantamiento del velo" de la persona jurídica en la jurisprudencia"*, Civitas, Madrid 1997. En pág. 146 y ss recoge un supuesto similar Esta sentencia es una muestra del peligro real que existe en el supuesto que se analiza, en que la intervención de la empresa gestora debe estar controlada, y mejor contemplada por la regulación para que su actuación sea lícita y correcta.

Los supuestos en que se exige responsabilidad a la empresa gestora no son muy numerosos. Así pueden citarse las STS de 27-5-1988 (Ar. 349), 29-6-1986 (Ar. 4793), 24-9-1991 (Ar. 6279), 31-12-1991 (Ar. 9272), 16-6-1992 (Ar. 5315), 12-3-1997 (Ar. 2489). También hay algunas, especialmente conocidas como las que afectan a IGS, empresa encargada de la gestión de la Cooperativa PSV. Todo ello se analizará en el capítulo quinto de la tesis.

²²⁵ Una gran mayoría de las STS sobre Cooperativas de viviendas en los últimos 20 años versan sobre cuestiones relacionadas con la construcción por un tercero y, o bien el incumplimiento de éste o el de la Cooperativa. Pueden citarse, entre otras muchas: 19-10-1979 (Ar. 3395), 21-10-1982 (Juris. Civ. 420), 14-4-1983 (Ar. 2112), 27-1-1986 (Juris. Civ. 31), 9-3-1987 (Juris. Civ. 130), 11-4-1987 (Ar. 2704), 15-7-1988 (Ar. 5720), 9-6-1989 (Ar. 4414), 17-2-1990 (Ar. 693), 6-3-1990 (Ar. 1672), 5-6-1990 (Ar. 4732), 18-6-1991 (Ar. 4522), 22-9-1994 (Ar. 6982), 10-10-1994 (Ar. 7471), 29-5-1997 (Ar. 4117), 22-11-1997 (Ar. 8097), 12-3-1998 (Ar. 145)

construcción de las viviendas, individual o como cuota parte de la comunidad o copropiedad en la que ha ingresado, desde la constitución de la Cooperativa.

Si la empresa gestora construye ella misma las viviendas, aunque subcontrate una parte de la obra y compre los materiales a otras empresas, probablemente nos encontremos ante una empresa inmobiliaria, mercantil por la habitualidad en la actividad y el riesgo que asume. Podría llegar a plantearse, en algún supuesto, que exista algún tipo de fraude en la utilización de la figura cooperativa. Sin dudar de su licitud, podría admitirse que la gestora asume la función de constructor, eliminándose la intervención de un tercero, encargado de la obra. La Cooperativa continuará siendo representante indirecto de los socios, aunque su gestión quede en manos de la empresa gestora. En la práctica este supuesto no parece probable, porque las empresas gestoras se ocupan de actividades de mediación, mandato o servicios, sin que les interese asumir otras funciones, y los consiguientes riesgos y responsabilidades.

El supuesto más extendido, y por ello objeto de un análisis pormenorizado en la tesis, es el primero, en que la construcción se encarga a un tercero mediante un contrato de obra, e interviene una empresa gestora. Respecto de él nos hemos planteado las posibilidades teóricas anunciadas y las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas, viendo a continuación si las conclusiones obtenidas pueden extrapolarse al resto de casos, de autoconstrucción y/o gestión propia.

Sobre la admisión de la representación indirecta como teoría válida para explicar la relación entre la Cooperativa y el socio nos manifestamos “a priori” a favor de la misma, aunque deberá analizarse, en cada caso concreto, en cada supuesto, según las circunstancias, matizar el tipo de representación, las diferencias con figuras afines, y si la

base de la misma es el negocio jurídico de constitución de la Cooperativa o un mandato, lo que será el asunto central del tercer capítulo de la tesis.

2.3.4. Aplicación de la teoría de la representación indirecta y distinción de supuestos según la sala primera del Tribunal Supremo.

La sala primera del Tribunal Supremo admite la teoría de la interposición gestora, entendida representación indirecta, impuesta por la práctica más utilizada en nuestro país. Del estudio de las sentencias de los últimos veinte años extraemos las siguientes afirmaciones generales:

1. El Tribunal aplica, casi exclusivamente, a las relaciones internas entre los sujetos intervinientes las normas del Código Civil, especialmente el libro IV, acudiendo en algún caso a las normas cooperativas, en relación con cuestiones sobre ingreso, baja, expulsión de socio, convocatoria de asambleas y acuerdos adoptados...
2. La relación entre la Cooperativa y el socio responde, fundamentalmente, al esquema de la representación indirecta. La Cooperativa puede y tiene que actuar diligentemente²²⁶ frente a los terceros en nombre de los socios, admitiéndose su carácter representativo²²⁷. La Cooperativa no puede identificarse con la comunidad de propietarios resultante de la división en Propiedad Horizontal, como se deduce expresamente en algún caso, y de forma tácita en todos aquellos en que ambas

²²⁶ Hay supuestos en los que, aún partiendo de la base fáctica de que la Cooperativa encarga la construcción de las viviendas de los socios a una empresa constructora, ante el litigio relativo al incumplimiento de la construcción de la vivienda de algún socio, excepcionado por la Cooperativa con la exigibilidad al socio del precio de la vivienda que resta, el TS no hace ninguna referencia a esta relación de arrendamiento de obra ni a las obligaciones contraídas por el tercero constructor, refiriéndose a la obligación de la Cooperativa condenada a la conclusión de las obras y al otorgamiento de la escritura pública de transmisión de la vivienda al socio : STS 13-3-1987 (Juris. Civ. 130). El Tribunal estima que la obligada a la conclusión de las obras es la Cooperativa, porque había problemas de vecindad con otros terrenos colindantes que la Cooperativa sea había comprometido a solventar y no lo ha hecho. En este caso la Cooperativa, como representante y administradora de los intereses de los socios, puede resultar obligada y condenada a la ejecución de las obras y a la transmisión de la propiedad de la vivienda al socio.

²²⁷ El TS en alguna sentencia, en la que se solventan otras cuestiones, aunque no sea como cuestión de fondo la calificación de la relación entre la Cooperativa y el socio, afirma el carácter de *“la Cooperativa como entidad*

intervienen en el pleito como sujetos distintos; comunidad de propietarios y cooperativa no son terceros civiles²²⁸.

3. La Cooperativa tiene legitimación activa para actuar o dirigirse frente a terceros.

Mantiene el Tribunal que no tiene legitimación pasiva para ser demandada por los socios por incumplimiento del contrato de obra o vicios de la misma, porque no es un promotor que venda a terceros²²⁹. Hay algún supuesto en que se exigen responsabilidades a la Cooperativa, pero por razones ajenas al tema que nos ocupa²³⁰.

En algún caso la Cooperativa es demandada directamente por el socio, por cuestiones relativas a la adjudicación no realizada. La legitimación activa de la Cooperativa para la defensa de los intereses de los socios frente al constructor, como representante de ellos, la habilita para plantear las reclamaciones derivadas del caso de ruína, art. 1591, en un plazo de 10 años, así como las derivadas del incumplimiento del contrato de obra, art. 1101, cuyo plazo de prescripción es de 15 años. No obstante también los socios podrían reclamar directamente la responsabilidad por ruína frente al tercero. Los supuestos que llegan más asiduamente a los Tribunales son aquellos en los que interviene un tercero en la construcción.

colectiva cuanto a su carácter representativo de los socios que la integran..." (considerando segundo, STS 8-7-1982, Juris. Civ. 326).

²²⁸ Respecto a que no son terceros civiles STS 10-10-1981 (Juris. Civ. 361), o que son sujetos diferentes, 26-1-1995 (Ar. 170), 5-7-1996 (Ar. 5576), 9-4-1996 (Ar. 2911).

²²⁹ STS citadas : 20-2-1989 (Ar. 1212), 6-3-1990 (Ar. 1672), 8-6-1992 (Ar. 5168), 1-10-1991 (Ar. 7255), 5-2-1993 (Ar. 829), 28-4-1993 (Ar. 2953), 15-1-1997 (Ar. 67, sala tercera),

²³⁰ Incumplimientos de pago a la seguridad social del contratista que ejecuta la obra, que provocan la responsabilidad subsidiaria de la Cooperativa, en la STS 18-10-1991 (Ar. 9334), sala contencioso – administrativa, o por cuestiones sobre la adjudicación, criterios, demora... Así, se distingue el derecho a que se adjudique y el derecho a que se declare adjudicatario, en la STS 22-11-1993 (Ar. 9178). También se condena a la Cooperativa a adjudicar las viviendas en escritura pública, STS 19-5-1998 (Ar. 3383). También se plantea la resolución por impago del contrato de adjudicación, aunque el Tribunal no entra por ser cuestión nueva, o incluso se habla de un negocio jurídico de adjudicación independiente, en la STS 25-5-1998 (Ar. 4066).

4. En ocasiones la Cooperativa construye por sí misma²³¹, aunque los supuestos son escasos porque generalmente acude a un tercero contratado para la realización de dicha obra. En estos casos de autoconstrucción, subcontratando con terceros, la Cooperativa responde de su actuación como constructor, además de responsabilizarse del resto de obligaciones jurídicas que asumió con los socios.

²³¹ En algún supuesto de estas características planteado ante el TS como la S. 8-10-1990 (Ar. 7585), éste no se manifiesta sobre la relación concreta que une a la Cooperativa y el socio, pero estima que los defectos de la obra deben imputarse a los culpables, en este caso concreto, la **cooperativa constructora**, los arquitectos y la entidad mercantil promotora. Según el Tribunal, fundamento de derecho segundo, la promotora responde como tal, en base al art. 1591 del CC "en lo tocante a la responsabilidad solidaria que, por otros defectos del edificio, se impone a la promotora y que ésta resiste pretendiendo su equiparación con la del mero comprador de la casa construida para revenderla por pisos, siendo así que la sentencia combatida contempla, razonadamente, su posición de promotor que, frente a terceros, asume, aparte de la responsabilidad por defectuoso cumplimiento del deber de entrega, la derivada - art. 1591 del Código - por su marcada intervención en la fase constructiva que el juzgador acentúa poniendo de manifiesto que, contrariamente a lo afirmado en el recurso de que limitó su actuación a vender lo edificado, fue el quien solicitó la licencia de construcción y la obtuvo como promotor y, en tal concepto, contrató al arquitecto proyectista, y director figurando, a lo largo de la construcción, con el mismo carácter de promotor de la obra por su cuenta y beneficio con la consiguiente responsabilidad decenal que consagra aquel art. 1591 del Código Civil en la constante interpretación de este Tribunal -SS ... - también para el caso de que hubiese encargado a otro, en todo o en parte, la realización material del trabajo."

Otro caso distinto es el de la **Cooperativa constructora que aporta materiales de mala calidad**, y que actúa mediante subcontratas con otras empresas, encargando el proyecto. En este caso, STS 8-5-1995 (Ar. 3942), la responsabilidad que la Cooperativa exige por la vía del art. 1591 del CC a los ejecutores materiales no es admitida por el TS, fundamentos de derecho cuarto, quinto y sexto, en base a que los defectos se debían a la mala calidad de los materiales suministrados por la Cooperativa, cuya subsanación ya fue advertida por el arquitecto: "la sociedad recurrente (Cooperativa) actuó, a la vez, como propietaria del suelo, promotora y constructora del grupo de viviendas, iniciando y finalizando en parte la construcción de las meritadas viviendas, bajo el sistema de los subcontratos de ejecución material pero bajo su supervisión... la certificación final de obra, la solicitó (la Cooperativa) de la dirección técnica, que se avino a otorgarla siempre que se solventaran, arreglaran o repusieran las anomalías constructivas que se observaban en el momento de la petición, comprometiéndose la actora a su reparación, si bien no lo hizo... bajo la responsabilidad única del presidente de la Cooperativa, puesto que se eximia de responsabilidad a las direcciones facultativa y técnica de los vicios constructivos detectados, y exención de responsabilidad que era asumida por el presidente de la Cooperativa, por su Junta rectora y por los propios cooperativistas... la Cooperativa incumplió el compromiso de reparar los defectos puestos de manifiesto por la dirección técnica, que no hav sido acreditado que los vicios denunciados fueran debidos a defectos del suelo o de la dirección, y que la expresada sociedad, en su triple condición de propietaria, promotora y constructora, supervisaba el desarrollo de las obras, todo lo cual, comporta la exención de responsabilidad del arquitecto, así como la de los arquitectos técnicos... y de los subcontratistas."

Hay algún otro supuesto en el que se plantea al responsabilidad de la Cooperativa que concierne un arrendamiento de obra con el tercero constructor, y ello quizá, aunque el TS no lo estime así, porque **la cooperativa se compromete a aportar los materiales**, y las circunstancias son diferentes de cuando nos encontramos ante un mero arrendamiento de obra. Puede citarse al respecto la STS de 29-1-1991 (Ar. 345), fundamento de derecho segundo: "la Cooperativa demandante actuando como promotora en la construcción de 31 viviendas para sus asociados, concertó con fecha 11 de enero 1977 con la empresa demandada, la realización de las obras proyectadas con la consiguiente aportación de los materiales; contrato de arrendamiento de obra cuya ejecución se discute en este procedimiento, y en el que necesariamente están legitimadas las partes que lo otorgaran, sin que afecte para nada el destino posterior que el promotor pueda dar a la obra realizada, mucho más cuando posiblemente habrá de responder de la calidad de la misma, frente a los futuros compradores o adjudicatarios."

También se plantean problemas con la Cooperativa constructora sobre reclamación de cantidad y retraso en las obras, en la STS 5-3-1993 (Ar. 2003), fundamentos de derecho primero y segundo. En otras ocasiones, la

5. También está obligada la Cooperativa al cumplimiento de lo pactado con el propietario del solar en que se construyen las viviendas, con el cual se pacta una compraventa, permuta o cesión por viviendas²³². La adquisición del solar por la Cooperativa, que actúa por cuenta de los socios, lleva consigo la adquisición conjunta por éstos de la propiedad del mismo, sobre el que se edificarán las viviendas. Las cuestiones que surgen con relación a la adquisición del solar versan sobre los problemas de edificación del mismo, y mayoritariamente sobre cuestiones de cumplimiento del contrato de compraventa, permuta, cesión o similar, por incumplimiento generalmente de la Cooperativa.
6. La relación mediante la cual se produce la construcción de las viviendas es un contrato de obra²³³, celebrado entre una empresa constructora, contratista, y la

Cooperativa que construye es denominada entidad mercantil, como el la STS 7-5-1997 (Ar. 3873), actuando contra los copropietarios por incumplimiento en el pago del precio.

²³² Hay supuestos de compraventa de solar a cambio de dinero, vivienda y plazas de garaje en el supuesto de la STS 17-11-1990 (Ar. 8954), fundamento de derecho cuarto; o compraventa a cambio de dinero o pisos, STS 7-7-1990 (Ar. 5782), o compraventa a cambio de local, que entra en colisión con hipoteca posterior válida que afecta a los locales, en STS 17-5-1995 (Ar. 3293), o permuta de solar por viviendas embargándose el mismo por deudas de la Cooperativa, en STS 3-10-1997 (Ar. 6965). También pueden verse otros como la permuta de solar por pisos ratificada tácitamente por la Cooperativa, y válida, en el caso de la STS 23-4-1991 (Ar. 3023, fundamento de derecho segundo. Cesión de solar a cambio de viviendas en el documento pactado entre las partes, por el Presidente de la Cooperativa autorizado por la Junta, cuyo cumplimiento se exige a la Cooperativa, en la STS 31-12-1994 (Ar. 10490), fundamento de derecho tercero. En algún caso de compraventa de terrenos por la Cooperativa se resuelve el contrato por imposibilidad de construir en ellos, STS 30-4-1988 (Ar. 3332), fundamento de derecho sexto, o por problemas urbanísticos, STS 8-5-1995 (Ar. 3940), fundamentos de derecho primer y segundo. Incluso en algún caso de compraventa de solar se entrega menos terreno de lo pactado, planteándose el saneamiento por evicción, STS 26-11-1991 (Ar. 8491), fundamentos de derecho primero, segundo y tercero.

²³³ Son muchos los casos en los que el TS estima claramente que la hipótesis puede reconducirse a una relación de **arrendamiento de obra con el constructor**, y mantiene que **la cooperativa es la dueña de la obra**. Entre estos supuestos, aunque podrían citarse muchísimos, encontramos el de la STS 17-2-1990 (Ar. 693) relativo a reclamaciones de cantidad entre constructor y Cooperativa de viviendas derivadas del “contrato de ejecución de obra”, y el planteado en la STS de 14-4-1983 (Ar. 2112) en que el Tribunal afirma, en los considerandos 3º, 5º, 6º y 7º respectivamente, que: “... no obstante la reciente tendencia jurisprudencial en el sentido de admitir que el adquirente de un piso o local pueda postular directamente contra el constructor sus reclamaciones afectantes a defectos en la ejecución de la obra, ello no es óbice para que dada la naturaleza de los derechos de índole puramente obligacional y lo dispuesto en el art. 1257 del C. Civ, el primero y fundamental legitimado para formular estas reclamaciones es el comitente o dueño de la obra con efectos liberatorios para el contratista... no es equitativo que la Cooperativa dueña de la obra, para quien lo proyectado y ejecutado había de responder a una eficiencia exigible en el plano de lo contratado, sufra las consecuencias de lo que no le era conocido... para la entidad constructora, como aflora de lo argumentado en el razonamiento que antecede, eran previsibles las deficiencias en cubierta y fachada del edificio que debido a su actuación se podían producir, así como evitables adoptando una mayor diligencia en el cumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas, o bien no aceptando en lo que hace referencia concreta al revestimiento de fachada riesgos que pudo

Cooperativa, dueña de la obra. La Cooperativa actúa en nombre propio pero por cuenta ajena, con una función esencialmente representativa de los socios, representación indirecta que la sitúa como dueña de la obra. La mayoría de litigios se producen respecto de este contrato de obra por incumplimiento de una de las partes, falta de pago de las cantidades pactadas, incumplimiento o demora en la entrega de las

rechazar... dicha sentencia no tenía porque hacer aplicación de la preceptiva contenida en el artículo referido y si de las que regulan las obligaciones contractuales, como derivadas de un contrato de arrendamiento de obra cuya virtualidad no se cuestiona, siendo, por ende, las normas legales donde se subsumen los hechos debatidos las contenidas en los art. 1091 y 1258...”, así como las STS de 17-7-1990 (Ar. 5890), fundamento de derecho segundo, 25-11-1991 (Juris. Civ. 851), fundamento segundo.

En la STS de 11-4-1987 (Juris. Civ. 230) el Tribunal también estima, con una ratio similar a la anterior, en el fundamento de derecho octavo, que **los defectos de la construcción no son imputables a la cooperativa sino a la empresa constructora o al arquitecto, salvo que los órganos de la cooperativa los hubiesen asumido**: “*la anchura de la puerta principal de acceso o portal es insuficiente, lo cual, significa, en principio, que ello pudo deberse a una defectuosa proyección de la obra o a una inadecuada ejecución de la misma, con lo que, también en principio, la pertinente responsabilidad sería exigible al arquitecto o a la empresa constructora, a no ser que en este aspecto hubiese existido algún convenio o pacto entre los cooperativistas y sus órganos rectores, por el que éstos se hubiesen responsabilizado de su subsanación, convenio al respecto que no puede entenderse implícito en el hecho de que aquellos órganos aceptasen hacerse cargo de las obras...*”

Hay sentencias clarísimas, STS 20-2-1989 (Ar. 1212), tanto respecto a la consideración de **la cooperativa como dueña de la obra, como excluyendo su consideración como promotor**. Las consecuencias de lo anterior, respecto de los vicios o ruina que se producen, conlleva a juicio del Tribunal - fundamento de derecho segundo - , la responsabilidad del tercero constructor : “*la sentencia impugnada da una amplitud desmesurada al concepto de promotor establecido por la doctrina de esta Sala al reputar como tal a la Cooperativa actora, la figura del promotor-constructor ha sido perfilada por esta Sala en reiterada jurisprudencia tanto en orden a determinar su responsabilidad en el art. 1591 del Código Civil como a quien ha de calificarse como tal promotor constructor... (cita otras sentencias) “siquiera sea cierto, como se deja afirmado en esta misma sentencia que la responsabilidad de ese origen alcanza únicamente al contratista y al Arquitecto y deja al margen al mero dueño de la obra, con todo debe matizarse esa delimitación a presencia de un “corpus” de doctrina en forma a la figura del promotor y constituido por las Sentencias de ... esclarecedoras de que la construcción de un edificio para su enajenación (a veces sobre plano) en régimen de Propiedad Horizontal, no determina aun cuando exista otra persona o sociedad que ejecutara la obra materialmente y por encargo de la promotora según el oportuno proyecto, la exoneración de aquella de la responsabilidad decenal en el concepto de contratista, pues esta expresión comprende al promotor - constructor y, como expresa la últimamente citada, ostenta tal cualidad el que por su cuenta y en su beneficio encarga la realización de la obra a un tercero” ; intención de destinar las viviendas y locales construidos al tráfico con terceros compradores para obtener beneficio económico que falta en la actora, Sociedad Cooperativa de Responsabilidad Limitada de viviendas “los Millares”, constituida por escritura pública de... cuyo objeto, descrito en el art. 2º de sus Estatutos Sociales, era “la promoción de viviendas para ser adjudicadas exclusivamente a sus asociados y familiares”, de acuerdo con el concepto que de esta clase de cooperativas da el art. 103 del citado Reglamento (1978), siendo la adjudicación de las viviendas a los socios cooperativistas y la aportación de las cantidades resultantes de la distribución y derrama del costo de la construcción, operaciones a todas luces diferenciables de la idea de venta a persona ajena a la constructora, que lo ha sido la misma Cooperativa ; se configura ésta, en consecuencia, como mera dueña de la obra legitimada frente al contratista y técnicos intervinientes en la construcción para exigir frente a ellos la responsabilidad nacida al amparo del art. 1591 del Código civil.*”

En términos similares y prácticamente idénticos a los de la sentencia anterior se expresa el TS en una segunda sentencia (existiendo por tanto jurisprudencia) de 6-3-1990 (Ar. 1672) en cuyo fundamento de derecho primero, en una idéntica relación de arrendamiento de obra entre constructor y Cooperativa, niega la condición de promotor a ésta, en razón de que no destina la obra de la que es dueña al tráfico con terceros sino que, por el contrario, adjudica las viviendas a los socios. Esta afirmación **excluye a la cooperativa de la responsabilidad del art. 1591**. También la sentencia se manifiesta acerca de la ausencia de responsabilidad del arquitecto, puesto que no se probó la intervención de éste en el proyecto.

viviendas²³⁴. El incumplimiento del contratista suele basarse en los art. 1591 y 1101 del CC²³⁵, el primero con relación a vicios o defectos que impliquen ruina, y el segundo como incumplimiento del contrato de obra. La responsabilidad en la ejecución correcta de la obra suele exigirse no sólo a la empresa constructora sino

²³⁴ En algún caso **hay retraso en la realización de las obras**, y en la entrega, como la STS 27-4-1989 (Ar. 3268), fundamentos tercero y cuarto.

²³⁵ Un supuesto de hecho muy interesante, en el que se plantean y resumen muchos de los problemas aquí vistos, es el de la STS 8-6-1992 (Ar. 5168), en la que el TS estima la **responsabilidad solidaria** (puesto que no es posible determinar la responsabilidad de cada uno) **de constructoras y arquitectos, en base a defectos o vicios, art. 1591 del CC, y también por incumplimiento contractual, art. 1101 del CC**. El Tribunal entiende que no existe litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandada la Cooperativa, puesto que ésta no es promotor-constructor sino promotor - mediador con legitimación para exigir responsabilidades a los técnicos y constructores con los que contrató. También demandan la subsanación de los vicios los propietarios de las viviendas. La responsabilidad exigida por ruina, art. 1591, también puede serlo, a juicio del Tribunal Supremo, por incumplimiento contractual, art. 1101. En este caso el plazo de prescripción es mayor, 15 años según el art. 1964 : STS 13-7-1987 (Ar. 5461). En otro caso en el que la duda se plantea no sólo respecto de la aplicación del 1101 y 1591, sino también en relación a los art. 1484, 1485 y 1490 relativos a vicios ocultos en la cosa, el Tribunal, fundamentos de derecho primero y segundo, estima aplicable la responsabilidad contractual del 1101 por incumplimiento de lo pactado con arquitectos y promotores. En relación con los vicios ocultos afirma que *"los artículos 1484 y 1490 del CC, como reguladores de las acciones redhibitorias y " quanti minoris", integradas en el artículo 1486, resultan inaplicables en aquellos supuestos en que la demanda no se dirija a obtener las reparaciones provenientes de los vicios ocultos, sino las derivadas por defectuoso cumplimiento al haber sido hecha la entrega de cosa distinta o con vicios que hagan impropio el objeto de la compraventa para el fin a que se destina"*. También se plantea la responsabilidad por ruina e incumplimiento contractual en la STS 25-10-1994 (Ar. 10383), fundamentos cuarto a octavo.

En el supuesto de la STS 22-9-1994 (AR. 6982), fundamento de derecho tercero, se imputa la **responsabilidad por incumplimiento contractual del contrato de obra (art. 1101, 1544, 1091, 1258, 1278) y no por vicios ruínógenos (art. 1591) al constructor y a los arquitectos y aparejadores**: *"tales defectos constructivos son fiscalizables no a través de la acción derivada del artículo 1591, sino "a través de la acción de cumplimiento contractual"... no se trata de vicios ruínógenos, sino de las llamadas imperfecciones corrientes, las que indudablemente, como casos de cumplimiento del contrato de obra producen los efectos resarcitorios derivados de la obligatoriedad de lo convenido conforme al art. 1101 del Código Civil"*. La responsabilidad de los arquitectos recurrentes, fundamento de derecho cuarto, es exigible en base a que *"la misión del arquitecto, como técnico superior y con base en su indiscutible capacitación técnica, tiene un carácter general que, aunque no explícitamente recogido en la legislación, cabe deducirla de la unidad de la obra, de sus atribuciones en cuanto a las funciones de los aparejadores..., de su deber de solucionar los problemas imprevistos ; de su indudable facultad de dar órdenes e instrucciones al constructor, bien de forma directa o a través del aparejador, y todo lo que requiera la solución de problemas encaminados al adecuado desarrollo del concepto arquitectónico. En el caso discutido corrobora esa misión del arquitecto, que no fue cumplida en sus justos términos, a través del hecho probado no sólo de la mala ejecución de la obra sino además de una defectuosa dirección en la misma y de su defectuosa vigilancia"*. Dicha responsabilidad es solidaria de constructor, arquitectos y aparejadores, fundamento de derecho séptimo, porque *"en este caso es imposible o difícil discriminar o separar las respectivas responsabilidades de los intervinientes en el proceso constructivo... cuando el suceso dañoso haya sido provocado por una acción plural, sin que pueda apreciarse la proporción en que cada uno de los factores han influido en los vicios ruínógenos por la confusión de causas, de modo que resulte imposible discernir las específicas responsabilidades de técnico y contratista en el resultado y consecuencias de la obra defectuosa; por lo que habrá lugar a la condena solidaria de los intervinientes en la edificación."* Sobre incumplimiento contractual pueden citarse la STS 11-5-1989 (Ar. 3757).

La **responsabilidad por ruina** es la más común, y se exige de forma independiente al cumplimiento contractual en muchos casos, así las STS 21-6-1980 (Ar. 4769), fundamentos primero y segundo, 17-5-1988 (Ar. 4312), 14-7-1988 (Ar. 5691), 15-7-1988 (Ar. 5620), fundamentos primero a tercero, 25-10-1988 (Ar. 7640), 18-11-1988 (Ar. 8610), 7-6-1989 (Ar. 4347), 7-11-1989 (Ar. 7857), 25-4-1990 (Ar. 2891), 10-7-1992 (Ar. 6275), 31-12-1992 (Ar. 10423), 18-2-1993 (Ar. 1243), 6-9-1993 (Ar. 6637), 27-9-1995 (Ar. 6452), 9-4-1996 (Ar. 2911), 29-4-1997 (Ar. 3410), 29-5-1997 (Ar. 4117), 22-11-1997 (Ar. 9405).

también a los arquitectos y aparejadores intervinientes en la misma. Si no se puede determinar la responsabilidad concreta de cada uno, el Tribunal establece la responsabilidad solidaria de todos²³⁶. También los constructores demandan en ocasiones a la Cooperativa²³⁷, por incumplimiento del pago de lo ejecutado,

²³⁶ En relación a los sujetos responsables, a juicio del TS, éstos son principalmente el **constructor y el arquitecto, y el aparejador** siempre que se pruebe su intervención. Suele plantearse la aplicación de los artículos 1137 y 1138 del CC relativos a las obligaciones solidarias y mancomunadas. Una vez probado si es posible adjudicar a cada uno los vicios concretos que le corresponden, serán responsables por éstos en concreto. Así en la STS citada de 6-3-1990, ante la reclamación del constructor considerando infringidas las reglas de solidaridad, en el fundamento de derecho tercero se afirma que *"no resulta infringida como pretende la recurrente, sino rectamente aplicada la doctrina sobre la solidaridad que invoca el estar perfectamente determinados los distintos vicios o defectos de la construcción cuya reparación se solicita y las personas a quienes los mismos son imputables de entre todos los que intervinieron en la obra; consecuentemente ha de desestimarse el motivo". Sin embargo, si no es posible conocer la repercusión concreta de la conducta de cada uno el TS acude a la responsabilidad solidaria* (STS 11-4-1987). La STS 1-10-1991 (Ar. 7254) también admite la responsabilidad solidaria de la empresa constructora encargada de la ejecución de la obra (arrendamiento de obra) y a los arquitectos encargados de la dirección técnica del proyecto. Ambos vienen obligados solidariamente a reparar los vicios o daños de las obras realizadas, no sólo las inicialmente contratadas, fundamento de derecho segundo y tercero: *"la responsabilidad a que se contrae el art. 1591 del Código Civil tiene evidentemente como base fundadora no el genérico incumplimiento contractual, sino, con base específica, vicios de la construcción, expresión mucho más amplia que la de simple incumplimiento contractual, y concretamente puesto en relación el aspecto de ruina que tal precepto considera no con lo inicialmente contratado a fines constructivos, si que lo realmente construido "ex facto", por aceptación del constructor y técnicos intervinientes en la obra como del receptor de la obra, cual ha sucedido en el supuesto ahora examinado."* El de la STS 5-2-1993 (Ar. 829) es otro caso de **responsabilidad solidaria de arquitectos y aparejadores junto con la responsabilidad individual de la empresa constructora**, obligados todos ellos a realizar las reparaciones determinadas por el TS ante la demanda formulada por la comunidad de propietarios junto con los propietarios afectados. En ese supuesto también había sido demandada la Cooperativa de viviendas, que es excluida en primera instancia por el Juzgado que estima falta de legitimación pasiva, sin que, por supuesto, la Audiencia ni el TS se manifestasen en contra.

En la STS de 28-4-1993 (Ar. 2953), ante demanda de la comunidad de propietarios, se estima la **responsabilidad solidaria de arquitecto, aparejadores y constructora** (esta última ni siquiera llega a recurrir) por vicios en la construcción. Respecto de la Cooperativa, inicialmente demandada, la sentencia de 1ª instancia resuelve su absolución. Alega el alto Tribunal, en los fundamentos de derecho primero y cuarto, la responsabilidad solidaria de los sujetos aludidos en base al art. 1591: *"los defectos constructivos son tan graves y variados que "no deben pasar por alto ni para la alta dirección de la obra - que compete a su Arquitecto Director - ni a quien tiene encomendada la labor de vigilancia en el desarrollo del proyecto - los Aparejadores... a la producción del daño han concurrido los condenados sin que se pueda apreciar en que proporción, que es la doctrina reiterada y constante de esta Sala, ni obran en autos pruebas que acrediten que es posible llevar a cabo la distribución o concreción de la responsabilidad"*; y que, fundamento de derecho tercero, la reparación correspondiente nunca puede ser superior a lo proyectado pues sería una mejora que provocaría el enriquecimiento injusto: *"No se comprende que haya que variar el tipo de fachada en el (proyecto) previsto para realizar otra distinta que, además, como reconoce el propio perito Ingeniero, supone una mejora. La Comunidad de propietarios actora y ahora recurrida no puede obtener ningún enriquecimiento a costa de los condenados, y tal enriquecimiento le supondría encontrarse con unas mejoras respecto a lo que tienen derecho, que es a que las fachadas del proyecto sirvan para cumplir su destino, no otras."* En similar sentido se pronuncia la STS 1-10-1991 (Ar. 7255), fundamentos primero y segundo.

²³⁷ En algún caso, se exige el cumplimiento a la Cooperativa, sin aludir a los socios, por la relación entre la constructora y la Cooperativa, existiendo en muchos de ellos reconvencción de la Cooperativa por defectos previos o retrasos: reconvencción que, en ocasiones, es admitida puesto que la Cooperativa no cumple por haber existido incumplimiento del constructor: STS 25-11-1991 (Ar. 8481), 15-2-1992 (Ar. 3897), fundamentos segundo y cuarto, 16-6-1994 (Ar. 4927), 30-11-1996 (Ar. 8458), 26-4-1997 (Ar. 3402), 16-6-1994 (Ar. 4927), 12-3-1998 (Ar. 145). En la STS 29-1-1988 (Ar. 203), a juicio del TS, la Cooperativa que recibe mejoras y las acepta, y los socios las pagan, viene obligada a pagarlas al constructor.

resultando afectados los socios propietarios de las viviendas cuando la Cooperativa no cumple, o se ha extinguido, o si se han entregado ya las viviendas. En los casos en que el incumplimiento sea fruto de incrementos de precio de la obra, si éstos han sido aceptados expresa o tácitamente deben abonarse al constructor por aplicación del art. 1593 del CC y el principio de enriquecimiento injusto²³⁸. Los socios están obligados a

²³⁸ Al margen de que el TS parezca plantear que frente a terceros, constructor o arquitectos, la dueña de la obra es la Cooperativa, en la relación con los adjudicatarios ofrece una visión más acorde con la realidad, puesto que afirma que **las viviendas son propiedad de los socios**. En la STS 24-6-1991 (Ar. 4577) en la que se reclama la cantidad impagada por el adjudicatario que, después de la adjudicación, cede sus derechos a un tercero, adjudicatario que a su vez mantiene que es la Cooperativa quien adjudicó la vivienda al tercero, el TS afirma que dicha cesión de derechos es una venta simulada, y que el vendedor de la misma es el socio adjudicatario, y no la Cooperativa. Todo ello puede extraerse del fundamento de derecho cuarto: *“... sin que finalmente, pueda aceptarse la afirmación que hace el recurrente de que quien vendió el piso fue la Cooperativa de viviendas Zorrilla de Valladolid, pues ésta lo único que hizo fue instrumentar en escritura pública la adjudicación del referido piso y sus anejos a nombre de quien era su verdadero dueño (el demandado Sr. V), por haberlos comprado (mediante el repetido documento privado de 26 de julio de 1985) al primitivo adjudicatario de los mismos (el actor, aquí recurrente, Sr. C)”*. En cualquier caso, en este supuesto, es una transmisión posterior a la adjudicación puesto que el vendedor ya vivía en el piso. No obstante es útil la cita de esta sentencia, que mantiene que las viviendas son propiedad de los adjudicatarios.

No solo el art. 1591 del Código Civil es aplicable al supuesto de Cooperativa encargada de la construcción que contrata con una empresa constructora la ejecución de las obras; también el **1593** en ocasiones plantea problemas, al **cuestionarse el incremento de precio por la constructora, que es entendido de forma limitada, en aplicación de los principios de enriquecimiento injusto (si la modificación en la obra ha sido realmente ejecutada), y por el consentimiento de las partes (que puede ser tácito)**. Así se manifiesta el TS en la S de 9-6-1989 (Ar. 4414), fundamento de derecho quinto: *“El art. 1593 del Código Civil en modo alguno impone la obligación de no poder computarse el costo o valor de la obra ejecutada realmente si se ha omitido su medición, lo que de por sí supondría un enriquecimiento injusto, si bien las partes tienen autonomía para convenir lo que a este respecto les interese.”* En relación al consentimiento de las partes respecto del precio o respecto de la recepción de la obra, el TS se muestra favorable a que éste sea tácito (por ejemplo si no se demandan los defectos, en una reclamación de cantidad, se entienden subsanados: STS 17-2-1990 (Ar. 693)). El consentimiento puede ser tácito en el siguiente sentido: *“pudiendo llegar a presumirse de haberse realizado las obras en exceso sin oponerse a ellas, a lo que sólo ha de añadirse que la palabra obra se utiliza en sentido amplio, comprendiendo no sólo los supuestos de aumento efectivo de la cantidad, sino también los aumentos de valor por cambio de materiales o de los métodos constructivos que supongan aumento de los costos.”*: STS 10-6-1992 (Ar. 5117). También puede manifestarse el consentimiento mediante un acuerdo de liquidación y recepción de la obra, aceptado por la constructora y la Cooperativa, en el cual no se hicieron constar ninguno de los vicios o defectos que se demandan ante los Tribunales: STS 29-11-1991 (Ar. 8575), fundamentos de derecho segundo, tercero y quinto: *“esta Sala tiene manifestado que la aceptación al recibir la obra sin manifestación en tal momento de disconformidad con ella, significa haber sido practicada a satisfacción, pues lo contrario supondría dejar indeterminado en el tiempo el normal efecto producido del contrato de arrendamiento de obra después de aceptada sin manifestación de disconformidad con el propietario... el incumplimiento contractual que la Cooperativa achaca a la Constructora en relación con el contrato inicial de obra, no se puede sostener, pues quedó ejecutado y liquidado a satisfacción de las partes en virtud de aquel convenio solutorio... por mucho que quiera ampliarse el concepto de ruina funcional y el de imperfecciones no corrientes, ninguno de ellos se da en el supuesto que nos ocupa, ni fue recogida en los convenios liquidatorios y de recepción de obra, careciendo también del carácter de ocultos, de tal manera que de existir se hubieran reseñado.”* Otro supuesto de autorización tácita de los aumentos o mejoras por la recepción de la obra realizada sin objeción o reclamación, en relación con el 1544, es el de la STS 10-10-1994 (Ar. 7471), fundamentos de derecho cuarto y quinto, que obliga a la Cooperativa a pagar el precio de la obra ejecutada.

En relación a la aplicación del art. 1593 también se plantea ante el TS el **incumplimiento de la cooperativa frente a la constructora** posterior a la realización de lo convenido, que concierne las obras con otro, en base al incremento de precio que la constructora había exigido. En este caso, STS 25-2-1994 (Ar. 1521), el Tribunal, en el fundamento de derecho tercero, aplica los art. **1593 y 1594** *“ajustada la obra por un precio alzado, no puede,*

costear los gastos efectivos de construcción puesto que las viviendas son suyas²³⁹, y la Cooperativa únicamente los representa frente a terceros.

7. Surgen problemas en la relación de la Cooperativa frente a otros terceros, como suministradores²⁴⁰, arquitectos y aparejadores, entidades bancarias, adquirentes de

como ocurrió pedir aumento de precio el contratista ; en segundo lugar que demostrado el desistimiento por la Cooperativa, unilateralmente, procede actuar, conforme a lo establecido en susodicho artículo 1594, por lo que, la indemnización deberá ser, escuetamente la convenida que cubra los gastos, trabajos y utilidad que pudiese obtener el contratista”.

²³⁹ En relación a los gastos de la vivienda, el TS parece tener claro que **los socios vienen obligados al pago**. En un supuesto en que el constructor reclama cantidades impagadas a la Cooperativa el Tribunal afirma que los socios adjudicatarios de la promoción o fase beneficiada (es evidente la autonomía de las fases o promociones cooperativas), por las cantidades añadidas, vienen obligados a pagar mancomunadamente (cada uno por la parte que le corresponda), porque dichos gastos han repercutido positivamente sobre sus viviendas : STS 18-6-1991 (Ar. 4522), fundamento de derecho tercero : “aquellos socios que hayan sido integrados en una concreta promoción de vivienda vienen obligados a costear, con independencia de sus aportaciones societarias, los gastos constructivos de la vivienda que fuera adjudicada, y ello, por supuesto, no supone incompatibilidad o contradicción alguna con el principio de responsabilidad limitada.” En idéntico sentido la STS 4-6-1992 (Juris. Civ 558).

Continúa el TS, en la S. 22-5-1992 (Juris. Civ 514) con la visión favorable al **pago por los cooperativistas de las cantidades efectivamente invertidas en la construcción de su vivienda, siempre que se pruebe que fueron pagadas y respondían a la construcción de las viviendas**, lo que en el supuesto de hecho planteado no ocurre, fundamentos de derecho quinto y sexto : “los propios cooperativistas se convierten en socios copromotores de la construcción de dichas viviendas y, como tales, vienen obligados a sufragar el costo real de la construcción de las mismas, según se desprende de lo establecido en el artículo 104 del Reglamento de Cooperativas de 1978, que viene a responsabilizar a los socios cooperativistas del resultado de la gestión económica de la construcción, y según tiene declarado esta Sala en sentencias de 20-2-1989 y 6-3-1990, en las que se afirma que la adjudicación de las viviendas a los socios cooperativistas y la aportación de las cantidades resultantes de la distribución y derrama del costo de la construcción son operaciones a todas luces diferenciables de la idea de venta a persona ajena a la constructora... la que la Junta Rectora de la Cooperativa llamó “imputación final”... fue un estudio económico sobre los recursos propios y los gastos pendientes, en el que, además de incluirse conceptos contables de muy heterogénea naturaleza, se hizo una previsión de futuro para afrontar el costo de construcciones aún por realizar, pero no entrañaba una verdadera y propia “liquidación definitiva” de todos los gastos... cuál sea el montante de la misma, lo que habrá de concretarse a través de la necesaria liquidación definitiva.”

En general, el Tribunal tiene claro que las deudas de la Cooperativa que continúen impagadas y tengan su causa en la construcción de viviendas, conllevan la responsabilidad de los adjudicatarios. En el supuesto de la STS 15-6-1992 (Ar. 6078), en el que las viviendas habían sido adjudicadas a los socios y **la Cooperativa es insolvente frente a deudas originadas por materiales suministrados**, el Tribunal, ante la demanda del tercero acreedor, no entra en pronunciarse respecto a si los socios responden o no, puesto que al no haber sido demandados ellos como terceros ajenos a la Cooperativa no pueden ser condenados, fundamento de derecho cuarto : “la única demandada en el pleito principal es la Cooperativa que tiene personalidad propia, y, que en este sentido, al ser los socios terceros al pleito y no haber sido demandados, mal puede ventilarse en una tercera, incidencia del asunto principal, las relaciones internas de la Cooperativa con sus socios, y la vinculación de éstos con acreedores de la Cooperativa, a efectos, de responsabilidad que tendría que declararse”. Puede mantenerse que, según la doctrina del TS en otras sentencias similares , si la demanda se hubiese dirigido contra estos sujetos habría prosperado

²⁴⁰ No sólo se exige el cumplimiento de lo pactado a los sujetos citados, arquitectos, constructores... sino que también en ocasiones pueden estar implicados los **suministradores**. En el caso de la STS 19-5-1993 (Ar. 3803), referido al **incumplimiento de la Cooperativa, y la consiguiente responsabilidad solidaria de los socios adjudicatarios**, fundamento de derecho quinto, el Tribunal afirma que : “moderno criterio jurisprudencial conforme al cual cuando la tutela judicial lo requiere, y lo requiere ante la simple contemplación de la numerosísima cifra de codemandados, cabe imponer la condena solidaria, pues de otro modo el derecho de los actores frente a los antiguos cooperativistas demandados que estuvieron unidos por un vínculo con comunidad

locales comerciales de la Cooperativa... En el capítulo quinto de la tesis ofreceremos resumidamente las circunstancias en que se encuentran estos terceros respecto de la Cooperativa y de los socios.

8. La relación entre la empresa gestora y la Cooperativa es asimilable a un mandato²⁴¹ o un arrendamiento de servicios. La Cooperativa sigue actuando como representante de los socios, cediéndose la administración a una empresa de gestión dedicada a ello. En

jurídica de objetivos se haría inalcanzable e ilusorio". así como para evitar el enriquecimiento sin causa de los mismos (fundamento de derecho tercero). "Admitiendo que la Cooperativa una vez construidos los pisos los adjudicara, es evidente que antes debió afrontar todos los pagos, que al no hacerlo así eludió sus obligaciones y que los cooperativistas tuvieron que hacer nuevas aportaciones. Y que, por todo ello, cundo reciben los pisos sin haber pagado todo su costo se produce un enriquecimiento sin causa o una falta de empobrecimiento no justificado, es también evidente... tal entrega de los pisos no legitima el impago de los materiales con el que se han enriquecido los cooperativistas." También se exige responsabilidad a la Cooperativa por parte de un subcontratista impagado en el caso de la STS 16-3-1998 (Ar. 1570), en que se produce la acción de éste contra el dueño de la obra -art. 1597-, por incremento de obra aceptado- art. 1593.

²⁴¹ En relación a los vínculos que surgen cuando interviene una empresa gestora, el TS se ha manifestado en alguna ocasión a favor de considerar existente **un contrato de mandato entre la cooperativa y la gestora**, al que se aplican las normas del CC. Así, la STS de 5-6-1990, en la que no se admite la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por no demandar a la Cooperativa (mandante) y si a la empresa encargada de la gestión de las obras frente al constructor que ejecutó las viviendas. En el Fundamento de derecho segundo, el Tribunal expone: "*la actividad de la entidad demandada, ahora recurrente, "Yeregui S.A" con relación al contrato de que emana la reclamación formulada por el demandante, ahora recurrido, don Antonio N.F., proviene de la consideración de coordinadora general que a aquella entidad demandada le fue encomendada por la propietaria de la obra "Cooperativa de viviendas Pablo Iglesias", no demandada, con las amplias facultades conferidas de llevar a cabo, en nombre de la misma, el pago de las certificaciones mensuales y efectos a 90 días realizadas al término de cada mensualidad a través de dicha coordinadora "Yeregui, S.A", sin cuya conformidad no se verificaría pago alguno, y sin que en ninguna circunstancia la mencionada demandante "Antonio N.F." pudiese exigir de la referida "Cooperativa de viviendas Pablo Iglesias" el pago de las certificaciones o de los efectos aceptados por "Yeregui, S.A", lo que indudablemente es significativo, con relación a las obras afectadas por la reclamación en cuestión, de una **situación de mediación y consiguiente mandato** conferido a la meritada entidad demandada "Yeregui, S.A" por parte de la expresada propietaria de las obras "Cooperativa de viviendas Pablo Iglesias", de conformidad con el art. 1709 del Código Civil, en cuanto que la tan aludida entidad "Yeregui, S.A" se obligó a prestar el indicado servicio de coordinación y pago en relación con las obras de que se viene haciendo mención por encargo de la precitada "Cooperativa de viviendas Pablo Iglesias", lo que conduce a la improcedencia de la apreciación de situación excepcional de litis consorcio pasivo necesario por la circunstancia de no haber sido demandada la referida cooperativa... cundo la actividad desarrollada por el demandado fue la de mediador y mandatario éste es el único sujeto pasivo de la relación jurídico procesal derivada del incumplimiento de la obligación por dicho demandado contraída - en este caso "Yeregui, S.A" -, sin perjuicio claro está, de las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de las relaciones entre el mandatario - aludida entidad "Yeregui, S.A" - y mandante - la entidad "Cooperativa de viviendas Pablo Iglesias" -." De todo lo anterior, se deduce **que el mandato será en nombre propio, es decir no representativo** (art. 1717 CC). Pensamos que deberán analizarse cuales son las ventajas e inconvenientes de esta opción. Parece que la gestora responde pero, ¿en qué lugar quedan los socios o la Cooperativa frente a los terceros? y, ¿en cualquier caso el mandato tiene lugar entre la Cooperativa y la gestora sin incluir a los socios?. También se habla de mandato y gestión de construcción en el caso de la STS 12-3-1997 (Ar. 2489).*

Se acude directamente a la comisión mercantil por incumplimiento del contrato, mala contabilidad e incremento desorbitado del precio de las viviendas, en la STS 29-6-1986 (Ar. 4793), fundamentos primero, segundo y cuarto. Se exige a la empresa gestora la rendición de cuentas en base al mandato o a la comisión mercantil, en la STS 9-10-1989 (Ar. 6890), fundamentos tercero y cuarto. En ocasiones se habla de contrato de gerencia: STS 27-5-1988

alguna ocasión se ha exigido responsabilidad a la gestora, pero las menos, quizá porque no se valora adecuadamente su función de gestión y mediación en todo el proceso de construcción de las viviendas, por desconocimiento y porque, a efectos prácticos, a quien interesa demandar es a la empresa constructora, cuya responsabilidad en caso de incumplimiento no ofrece problemas ni de planteamiento ni de resolución. Los problemas de gestión que se han planteado afectan generalmente a la actuación de los órganos de la Cooperativa, especialmente a su Presidente²⁴², más

(Ar. 349), fundamento primero; o de la gestora como promotora legal: STS 24-9-1991 (Ar. 6279), fundamento segundo; o de gestora encargada de los servicios de asesoramiento, gestión y representación: STS 31-12-1991

²⁴² La función de los órganos de la Cooperativa suele ser objeto de litigio por extralimitación en sus funciones. No se puede alegar la falta de mandato de éstos, teniendo en cuenta además que la Cooperativa suele ratificar sus actos: “actos posteriores y por la repercusión económica en beneficio de la propia Cooperativa recurrente ha de mantenerse la eficacia del documento, y sobre todo, los efectos del negocio representativo para la propia Cooperativa”: como afirma el TS, fundamento de derecho tercero, en la STS 31-12-1994 (Ar. 10490). Así también ocurre en la STS de 27-9-1995 (Ar. 6453) en la que el Presidente de la Cooperativa conviene un préstamo hipotecario sobre las viviendas sin facultades para ello, y la Cooperativa exige a los socios la aceptación de dicho préstamo al otorgarse las escrituras públicas a favor de ellos. Dicho préstamo hipotecario concertado con la Caja prestamista se acuerda en base a un acta falsa de Junta General que presenta el Presidente a la Caja. El TS afirma, fundamento de derecho segundo, que: “la falta de cualquier concesión de todo poder al Presidente para hipotecar bienes de la Cooperativa es una evidencia cegadora, y en este sentido existe infracción del artículo 1713 del Código Civil, que acarreará la nulidad absoluta de las hipotecas que gravitan sobre aquellos bienes y su libertad de tales cargas que indebidamente soportan. Pero no combatida adecuadamente en este recurso la afirmación de la sentencia recurrida de que la Caja prestamista actuó con buena fe y con esa misma buena fe confió en los poderes, que decía el Presidente de la Cooperativa le había concedido la Junta General, las hipotecas que constituyó han de mantenerse por la necesaria protección de la seguridad jurídica y del comercio, principio este que orienta siempre la doctrina de esta Sala al juzgar sobre inexistencia de poderes, abuso o extralimitación de los mismos... Así, pues, no hace falta recurrir a una ratificación de lo actuado por el Presidente, pues en rigor falta el acuerdo social necesario de acuerdo con los estatutos de la Cooperativa, ni mucho menos a una extraña gestión de negocios ajenos que hubiera llevado a cabo su Presidente, cuando precisamente la construcción de viviendas para sus asociados era la finalidad de la Cooperativa que presidía y para la que trabajaba. En consecuencia, hay que desestimar la infracción del artículo 1713 en cuanto se alega para fundar la petición de nulidad de las hipotecas, sin perjuicio naturalmente de las acciones que a los cooperativistas - recurrentes les corresponda contra el Presidente de la Cooperativa y sin que pueda exigírseles ninguna ratificación de lo actuado por él ante la Caja prestamista para obtener la escritura pública de las viviendas, ni tampoco puede entenderse que implica esa ratificación la aceptación (necesaria e inexcusable por razones de validez frente a tercero de buena fe) de las hipotecas, debe desestimarse la infracción de los artículos 1305 y 1306 CC.”

En este supuesto de 27-9-1995, estamos de acuerdo con el comentario que sobre dicha sentencia ha realizado HERRADA ROMERO, R.E. “Comentario a la STS de 27-9-1995”, Rev. Derecho Privado Junio 1996, pág. 512, que aporta la aplicación del art. 43.2 de la LGC con la consiguiente nulidad de la actuación del Presidente de la Cooperativa al constituir el préstamo hipotecario de las viviendas, además de lo alegado por el TS, que aplica el 1713 del CC: “Es claro que el presidente de la Cooperativa, cuando como tal Presidente (órgano social) constituye el gravamen hipotecario lleva a cabo un acto para el cual no es competente; se trata, en suma, de un acto concluido por un órgano fuera del ámbito de su competencia legal. Hasta aquí puede decirse que tal acto no es válido, como confirma; por lo demás, la nulidad absoluta que decreta el artículo 43.2 de la LGC para aquellos actos que, exigiendo el preceptivo acuerdo asambleario, se realizan sin haberse obtenido éste”. Dicho autor afirma que nos encontramos ante viviendas en régimen de VPO, y de ser así las facultades del Presidente de la Cooperativa podrían ser superiores a las de otros supuestos. Ello en base a la doctrina del TS sobre viviendas de protección oficial.

que a empresas ajenas a aquélla. Sin embargo, no debemos olvidar la nefasta gestión de IGS en el caso de la Cooperativa PSV, al que haremos referencia en el quinto capítulo de la tesis.

El citado análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene a completar lo dicho respecto de la relación entre la Cooperativa y el socio, y los efectos respecto de terceros que intervienen en la construcción de las viviendas, que puede estudiarse sobre la base de figuras o instituciones jurídicas existentes, sin que sea preciso crear otras novedosas. Los aspectos civiles, tanto internos, entre la Cooperativa y el socio, como externos, con terceros, pueden resolverse aplicando las normas civiles ad hoc, remisión admitida expresamente por la propia LGC en razón de la actividad de la Cooperativa y suprimida en la LC –aunque puede estimarse como Derecho supletorio-, y aplicada por los Tribunales. Es cuestión nuclear de la tesis el estudio de la relación entre la Cooperativa y el socio, aunque también nos referiremos, con más o menos amplitud según la importancia y oportunidad, a las relaciones con terceros.

Estas cuestiones quedan pendientes de análisis, correspondiendo los capítulos tercero y cuarto al estudio de la relación Cooperativa-socio, y el quinto, a la relación con los terceros.

En otro supuesto similar en que no hay defecto en la representación, el de la STS de 17-4-1996 (Ar. 2962), fundamentos de derecho segundo y tercero, el TS no admite la ausencia de representación del Presidente de la Cooperativa alegada por la propia Cooperativa en relación a la venta del solar en que se iban a construir las viviendas, y ello porque la Junta rectora le había atribuido las facultades de vender y comprar toda clase de bienes. El Tribunal afirma que “además la representación que el art. 1259 del CC exige para contratar a nombre de otro le era atribuida al Sr. P por imperativo legal ya que el art. 29 de la LGC de 1974 atribuía al Presidente la representación y gobierno de la sociedad cooperativa... es igualmente correcto lo expresado en la sentencia respecto a que el mismo Sr. P, en cuanto Presidente de la Cooperativa, tenía atribuida por imperativo legal la representación de ésta.” Además “carece de relevancia, según se ha razonado, la existencia o no de autorización previa para unos negocios jurídicos que, en definitiva, fueron ratificados por la Cooperativa.” Como vemos, la interpretación del TS de este caso es diferente del anterior de 27-9-1995, por la existencia de un poder de la Junta Rectora, que era suficiente según la Ley en aquel momento.

En ocasiones también se plantea la **extralimitación en sus facultades**, por no existir acuerdo de la Asamblea o del Consejo previos. El Presidente puede realizar actos que no sean de disposición, como la escritura de PH, facultado por el Consejo Rector y no por la Asamblea: STS 25-5-1988 (Ar. 4334), fundamentos tercero y cuarto.

3. CONCLUSIONES.

Concluyendo este apartado, relativo al estudio de las relaciones jurídicas que surgen entre la Cooperativa y el socio en orden a la adjudicación de vivienda, y resumiendo las posibilidades que se plantean; la teoría del acto cooperativo ha sido desechada como solución “a priori”, por partir de la especialidad y autonomía del mismo sin demostrarla, lo que no significa que después del estudio de las Cooperativas de viviendas pudiéramos llegar a destacar la especialidad de la misma. Hemos planteado la admisión de la teoría del acto debido respecto de la prestación de vivienda, como consecuencia de la asunción concreta por la Cooperativa del compromiso adquirido de proporcionar al socio una vivienda. La teoría de la interposición gestora puede aceptarse también, y aplicarse a la relación entre la Cooperativa y el socio, aunque deberá estudiarse detenidamente. La opción de considerar admisible un negocio jurídico de transmisión, llamado contrato de cambio, celebrado entre la Cooperativa y el socio, requeriría una modificación sustancial del planteamiento, tanto legal como doctrinal, e incluso jurisprudencial, y no responde a la práctica cooperativa en nuestro ordenamiento, por lo que es desechada; sólo podría admitirse si la teoría y práctica cooperativa optara por una orientación diferente a la actual, pero estaríamos hablando de otra realidad cooperativa distinta.

Tras determinar los supuestos esbozados como posibles, en función del sujeto que construya las viviendas y gestione, y antes de analizar los aspectos que componen la relación entre la Cooperativa y el socio, hemos adoptado un criterio general respecto a la relación entre la Cooperativa y los socios, su ajenidad y, respecto de la propiedad de lo aportado para las viviendas, determinando si se trata de una realidad en todo momento individual y aislada, de cada socio, o si temporalmente forma parte de una copropiedad, en comunidad con los demás, cuestión que se estudiará detenidamente en el capítulo cuarto. Una vez definidas estas bases esenciales, estamos en condiciones de adoptar una

solución concreta para el supuesto elegido, e intentaremos adaptarla al resto de casos. La razón de no distinguir “a priori” en función de que se recurra o no a una gestora, es que no varían las relaciones jurídicas que se establecen entre el resto de sujetos (socios, Cooperativa y constructor en su caso), puesto que hemos admitido que la intervención de la gestora, cada vez más extendida, responde a una relación de arrendamiento de servicios, mandato... o similar con los socios. Dicha relación y sus consecuencias serán analizadas más adelante, junto con las demás relaciones jurídicas que surgen entorno a la constitución y funcionamiento de una Cooperativa de viviendas.

Una vez admitido que el análisis de las Cooperativas de viviendas debe ser distinto en función de los supuestos ya planteados, vamos a centrarnos en varios aspectos previos al estudio de la representación y la adjudicación de la propiedad de la vivienda al socio, que precisan determinarse.

4. UNA NUEVA VISIÓN DEL PROBLEMA: propiedad individual o copropiedad sobre lo aportado para la obtención de la actividad cooperativa, de las viviendas.

Además de la diferenciación de las Cooperativas de viviendas en diversos supuestos, en orden al análisis de las relaciones jurídicas entre los sujetos, especialmente Cooperativa y socios, debe plantearse si la adquisición de la propiedad individual de la vivienda por el socio condiciona la propiedad sobre lo aportado en todo momento, y sobre el edificio resultante, o si la individualización de las viviendas se produce posteriormente. Lo que se resuelva afectará no sólo a la estructura de la hipótesis y a los sujetos intervinientes, sino también a la adquisición de la propiedad sobre la vivienda, y el título y momento en que se adquiere.

La relación entre la Cooperativa y el socio, una vez que éste ingresa en la Cooperativa, puede responder a las siguientes posibilidades, desde el punto de vista de la propiedad sobre lo aportado a la actividad cooperativa; puede suceder que se considere la

aportación del socio como individual en todo momento, independiente de los demás, o bien que se una a lo aportado por los demás socios, ingresando en una comunidad o copropiedad de los socios sobre las cantidades aportadas para la construcción de las viviendas. Nos encontramos ante dos hipótesis, la comunidad o copropiedad de los socios sobre las cantidades aportadas para la construcción de viviendas, que resulta individualizada a través de la división de aquélla, o la propiedad individual del socio sobre su vivienda en todo momento. Vamos a plantear las ventajas e inconvenientes de la aplicación de estas opciones a la Cooperativa para admitir una u otra, sin perjuicio de que su desarrollo sea materia de otro capítulo. Esta circunstancia, relativa a la propiedad de la vivienda, se plantea previamente al análisis a fondo de las relaciones entre la Cooperativa y el socio, aunque veremos que la solución que adoptemos respecto de éstas es admisible en el supuesto que elijamos, propiedad o copropiedad, por lo que la opción se analizará detenidamente en el capítulo correspondiente, el cuarto, a continuación de la *materia relativa a la representación del socio por la Cooperativa*.

La disyuntiva, propiedad individual o copropiedad, surge por la confusión existente entre las Cooperativas de propiedad individual²⁴³ y las de propiedad colectiva y alquiler -en las que existe una copropiedad de los socios sobre las viviendas- entendidas como supuestos absolutamente diferentes²⁴⁴. Esta distinción puede llevar al absurdo de considerar los supuestos de acceso del socio a la propiedad individual de la vivienda como casos en que la propiedad sobre la vivienda es individual en todo momento, sin tener en cuenta que

²⁴³ Siempre nos referiremos a las Cooperativas de viviendas en las que el socio accede a la propiedad individual de su vivienda, por ser el supuesto práctico de relevancia práctica y teórica en nuestro país y, en consecuencia, el objeto de estudio elegido.

²⁴⁴ Cooperativas de propiedad colectiva, alquiler y alquiler-atribución, en las que existe definitiva o temporalmente una copropiedad de los socios sobre las viviendas: citadas por Gómez Aparicio, en nota a pie 107 y texto al que se refiere. También en Francia puede hablarse de copropiedad en las Cooperativas de construcción-atribución, que se caracterizan por la división en lotes entre los socios (serán analizadas en el capítulo cuarto, con relación al estudio exhaustivo de la comunidad o copropiedad aneja a las Cooperativas de viviendas).

pueden y deben distinguirse dos situaciones distintas, según nos encontremos en el período de construcción de las viviendas, o éstas hayan sido ya adjudicadas.

En otros ordenamientos se diferencian claramente los supuestos de propiedad individual de los de propiedad indivisa. Así lo hace el derecho francés²⁴⁵, y regula la atribución a los socios de la propiedad individual de la vivienda, transmitida por la Cooperativa mediante un contrato de compraventa, o a través de la división o lotes de la propiedad indivisa inicial²⁴⁶. La propiedad se trasmite como resultado de la venta o la parcelación. Sólo si

²⁴⁵ Las Cooperativas de construcción reguladas en el "Code de la construction et de l'habitation" elaborado en 1972, además de otras normas cooperativas generales, de capital y personal variable, construyen viviendas o locales para ser adjudicados a los socios. La actividad de la cooperativa es la promoción y construcción de inmuebles para su distribución, junto con la gestión y mantenimiento de los inmuebles hasta la puesta en funcionamiento de una organización distinta (L-213-1); SAINT-ALARY, G : "Répertoire DALLOZ" : Droit des sociétés, cooperatives d'habitation ... *cit*, pág. 3 y WALET, P : "Répertoire DALLOZ" : Droit des sociétés, cooperatives de construction... *cit*, pág. 6. Las Cooperativas pueden ser de producción o prestación de servicios sobre viviendas, o de construcción, y dentro de las últimas, de atribución o de venta. Generalmente, las Cooperativas de producción construyen las viviendas para las de construcción en virtud de un mandato. Son sociedades comerciales por la forma, con fin lucrativo, pero con carácter sui generis: GUILLET, E : "Répertoire DALLOZ" : Droit des sociétés, Habitation à loyer modéré... *cit*, pág. 2. Su función es asistir, como prestatarios de servicios, a personas físicas y a sociedades cooperativas de construcción, para la realización y gestión de programas de construcción, según el art. L. 422-3. La transmisión de la vivienda se realizará mediante un contrato de venta a término o en estado de acabado futuro, a elección de la sociedad (art. L. 432-2).

El derecho privado de la construcción, inicialmente incluido en el Code Civil, es desarrollado por una Ley especial, quedando el primero como derecho común, junto al Code de la construction, que regula figuras específicas, aplicables a supuestos concretos. Dentro de la anterior estructura, hay que añadir que el sistema francés de construcción distingue entre el sector protegido de construcción para uso de vivienda o mixto : de vivienda y profesional, y el sector libre. Ambos sectores son considerados de forma diferente desde el punto de vista de la regulación, con las consecuencias que ello conlleva. El artículo L. 242-1 establece el criterio que determina el uso de vivienda : "para aplicar los artículos 212-10, 213-1 y 222-1, un inmueble colectivo es considerado como un inmueble para uso de vivienda o profesional y de vivienda cuando el 10% al menos de su superficie está afectada a uno de estos usos." Las sociedades cooperativas que construyan inmuebles para usos distintos salen del campo de aplicación de estos artículos del Código de construcción.

Los inmuebles pueden destinarse a dividirse por lotes o ser un conjunto de casas individuales que se adjudicarán o venderán a los socios. Pese a que el art. L. 213-1 hable de grupo de "viviendas individuales", no debe entenderse que se trata de la construcción de viviendas aisladas, puesto que éstas no estarían incluidas en las cooperativas reguladas en los artículos L. 213 y siguientes del Código de construcción. Así lo manifiesta WALET, P : "Répertoire DALLOZ" : Droit des sociétés, cooperatives de construction, ... *cit*, pág. 5.

²⁴⁶ Se expresa claramente en el art. L. 213-1, que la construcción es su objeto, atribuyéndose la propiedad y no el goce de los inmuebles a los socios. La propiedad puede atribuirse de dos formas, en lotes que posteriormente se dividirán, o bien, mediante la venta (venta que se someterá a las normas de la de acabado futuro: art. 1601 Code Civil). Estos son los dos tipos de Cooperativas de construcción, de atribución en lotes y de venta. En opinión de WALET, P : "Répertoire DALLOZ" : Droit des sociétés, cooperatives de construction... *cit*, pág. 5, en el caso de venta sólo ésta es la fórmula autorizada para transmitir la vivienda, mientras que en la de atribución debe realizarse mediante una división global implicando disolución - liquidación de la sociedad o por divisiones parciales o retractos : "la atribución en propiedad está casi siempre precedida de una atribución en uso que es, salvo casos particulares, generalmente de corta duración. Por contradicción, la atribución sólo de uso está prohibida en las sociedades cooperativas de construcción." **La transferencia de la propiedad del inmueble** se produce de formas diversas : por **parcelación**, según lotes, en las sociedades de atribución, o por la **venta** del inmueble según las normas de la venta en estado de acabado futuro, en las Cooperativas de venta, según el art. L.

interviene un tercero en la gestión, o incluso el propio representante legal en los casos de división, se admite que el supuesto responda a un caso de promoción inmobiliaria. La atribución de la propiedad mediante parcelación puede ser útil para entender el supuesto cooperativo. El legislador italiano²⁴⁷ se refiere tanto a la adquisición de viviendas en

213-5. En los supuestos de venta en los cuales no exista promoción inmobiliaria, el contrato de venta debe ajustarse a las disposiciones del artículo L. 213-8 (recoge los requisitos del contrato de venta : inmueble, precio provisional, plazo y forma de pago, garantías). En las sociedades de atribución de lotes la propiedad sólo se transmite después de aportar las sumas necesarias para realizar el objeto social, proporcional al valor de su lote en relación al conjunto, art. L. 213-10.

MALINVAUD y JESTAZ distinguen dos situaciones en la construcción de inmuebles. La primera, si el adquirente no es propietario del terreno (mayoría de supuestos), las fórmulas posibles son : la venta, mediante sociedad civil de venta de inmuebles (que busca obtener un beneficio), la atribución de lotes que posteriormente se concretan al dividirse, en el caso de sociedades de atribución (que construyen a precio de coste) y la posibilidad de alquiler - venta. En Francia si el adquirente es propietario del terreno, las vías posibles son arrendamiento de obra o promoción, sociedad de atribución o sociedad cooperativa. Además, estos autores analizan las diferencias entre las sociedades de atribución y las Cooperativas, y afirman lo siguiente respecto de éstas últimas. La Cooperativa es una forma social determinada, pueden transmitir la propiedad por división o por venta, aunque ésta sea más bien formal, generalmente transmiten la propiedad, construyen inmuebles para uso de habitación, y tienen prohibido la cesión de las partes de los socios a terceros: MALINVAUD, P y JESTAZ, P : "*Droit de la promotion immobilière*" ... cit, pág. 328.

También se prevén en el ordenamiento francés Cooperativas de producción, que gestionan o prestan servicios a las de construcción de viviendas, dentro del sector protegido, para realizar programas de construcción. En este caso se sitúan como promotores inmobiliarios, dentro del sector protegido.

²⁴⁷ Las Cooperativas de construcción se pueden dividir en varios tipos según la doctrina que estudia la legislación sobre la materia, en concreto el TU de 1938 sobre Cooperativas de viviendas populares y económicas, aprobado por RD de 28-4-1938: NAZZARO, C y PATERNOSTER, G : "*Le società cooperative*"... cit, pág. 64 y ss. BUQUICCHIO, M : "*Disciplina costituzionale della cooperazione. Le cooperative edilizie*". CEDAM, Padova 1990, pág. 58 y ss. Se plantean múltiples clasificaciones. En base al régimen de acceso a la propiedad de la vivienda se habla de Cooperativas de propiedad individual o de propiedad indivisa, ambas posibles en cualquiera de los tipos de Cooperativas anteriores (art. 89 y ss del TU).

Las Cooperativas subvencionadas o sociológicas y neutras o libres pueden dividirse, a su vez, en Cooperativas de propiedad individual y Cooperativas de propiedad indivisa: ROEHRSEN, G : "*Edilizia popolare de economica*". Enciclopedia del Diritto... cit, pág. 342. Este autor diferencia tres formas de utilización de viviendas populares : en propiedad desde el inicio, en uso, y en uso con previsión desde el inicio de la propiedad ; pudiendo modificarse durante la vida de la sociedad. Excepcionalmente algún tipo de viviendas sólo preveían el destino de arrendamiento, aunque han sido sucesivamente modificadas.

BUQUICCHIO, M : "*Disciplina costituzionale della cooperazione. Le cooperative edilizie*"... cit, pág. 79. Valora de distinta forma ambos tipos de Cooperativas. Mientras en las de propiedad indivisa se produce una utilidad social mayor evitando en mayor medida la especulación, las de propiedad individual repercuten directamente sobre el socio, lo que exigiría un mayor control en estas últimas cuando sean objeto de beneficios fiscales o de otro tipo del Estado. La función social mayor se cumple con las Cooperativas de propiedad indivisa. La distinción entre propiedad individual y colectiva se establece en función de que el socio pretenda la propiedad individual de la vivienda o que la propiedad de las viviendas permanezca indivisa e inalienable. En la evolución legislativa de las Cooperativas de construcción se observa una tendencia cambiante hacia el favorecimiento o no de las de propiedad indivisa frente a las de propiedad individual: BONFANTE, G : "*La legislazione cooperativa. Evoluzione e problemi*". Quaderni di Giurisprudenza commerciale AG Giuffrè editore, Milano 1990. Resumiendo la visión de este autor, inicialmente se produce una escasa regulación sobre propiedad indivisa : en el TU 1938 y normas anteriores, pág. 86-87, 115-117 ; posteriormente hay una consideración desfavorable de propiedad indivisa que favorece la especulación en la época de la Ley de 1947, pág. 172-173 ; años setenta : incentivo de la propiedad indivisa respecto a la divisa o individual, aunque la legislación presente lagunas al respecto, como las dificultades en orden a la gestión de la Cooperativa, pág. 211, 262-263.

propiedad individual, como propiedad indivisa cediéndose el uso de las mismas. En las de propiedad individual se transmite la vivienda mediante el procedimiento que la Ley prevé, formado por diversas fases. La idea doctrinalmente admitida en la actualidad es que la Cooperativa es quien transmite la vivienda mediante contratos similares al de cambio. Portugal plantea, en línea con lo anterior, que la propiedad individual de la vivienda, diferente de la colectiva, puede transmitirse por la Cooperativa mediante un contrato de compraventa²⁴⁸.

ROEHRSSSEN comenta las normas del TU de 1938 en relación a las Cooperativas de construcción, divisibles en Cooperativas de propiedad indivisible e inalienable y propiedad individual. En las primeras no se permite la enajenación de la vivienda que se cede en régimen de alquiler, aunque puede transformarse en Cooperativa de propiedad individual, siempre por medio de un acto de la Cooperativa, no de los socios singulares. Las Cooperativas de propiedad individual “en cambio, tienden sin duda a la adquisición de la propiedad de la vivienda por los socios a través de un procedimiento en el que en la primera fase la propiedad pertenece a la asociación”: ROEHRSSSEN, G: “*Edilizia popolare de economica*”. Enciclopedia del Diritto ... *cit.*, pág. 343.

La distinción entre momentos sucesivos de comunidad o copropiedad y propiedad individual puede apoyarse en la visión de otros ordenamientos. Se observa algún criterio parecido en Italia. Así, en relación a las diferencias que se producen en función de que el objeto de la prestación materializada en la vivienda se transmita o no a los socios, hay autores que utilizan este criterio para distinguir la **prestación de obra de la de cosa**. La prestación será de **cosa** si se transfiere la **propiedad** de la vivienda al socio, mientras que será de **obra** en los otros casos en los que el socio sólo tiene el **arrendamiento o uso** de la misma. En las formas mixtas de arrendamiento con pacto de venta futura, inicialmente hay una prestación de obra hasta que se verifica la transferencia de la propiedad de la vivienda, momento en el que la prestación se transforma en prestación de cosa. En las prestaciones de obra las viviendas inalienables forman parte del patrimonio indisponible de los entes públicos propietarios. En las viviendas en régimen de **propiedad indivisa** subsiste la inalienabilidad y la indisponibilidad similar al caso anterior.

Sin embargo en las Cooperativas de **propiedad individual** (sería prestación de cosa) se considera aplicable la regla de la inalienabilidad de los casos de propiedad indivisa durante el período comprendido desde la asignación de la vivienda hasta la estipulación del contrato de préstamo individual (en el cual el destinatario de la vivienda adquiere su propiedad). ROEHRSSSEN, G: “*Edilizia popolare de economica*”. Enciclopedia del Diritto... *cit.*, pág. 337-338. Se adhiere este autor a la tesis de NIGRO. También se añade a esta opinión BUQUICCHIO, M: “Disciplina costituzionale della cooperazione. Le cooperative edilizie”... *cit.*, pág. 79.

BASSI cita dos problemas importantes en dichas Cooperativas de propiedad individual: la tipicidad o no de los contratos de cambio entre la Cooperativa y sus socios, ya analizada en otros apartados, y la naturaleza de las fases del procedimiento especialmente en las cooperativas privadas (reserva, asignación) y los poderes de socios y asamblea en cada caso: BASSI, A: “*Cooperazione e Mutualità*”... *cit.*, pág. 117 y ss..

La distinción entre Cooperativas de propiedad individual y de propiedad indivisa tiene importantes repercusiones, especialmente en lo que se refiere a las fases del procedimiento de adquisición de vivienda por el socio, procedimiento que difiere según se trate de una Cooperativa subvencionada por el Estado o libre. El ordenamiento italiano, de forma positiva a mi entender, desarrolla y regula el procedimiento de adquisición de la vivienda y sus distintas fases. Este procedimiento es encuentra más desarrollado en el caso de las Cooperativas subvencionadas, en las que dichas fases se encuentran reguladas en el TU de 1938 sucesivamente modificado, que en las Cooperativas libres.

²⁴⁸ Portugal cuenta con un Decreto – Ley 2/82 de 2 de junio sobre Cooperativas de viviendas, además del Código cooperativo general de 1980. Este Decreto resuelve la forma de utilización de la vivienda por el socio, en base al **régimen de propiedad de la vivienda** que se establezca, **individual o colectiva**. Las viviendas pueden ser utilizadas por los socios de varias formas, según dispone el artículo 11: propiedad colectiva con cesión al socio del uso y disfrute de la vivienda, bien mediante el arrendamiento o por concesión de un derecho de habitación, y

4.1. Comunidad o copropiedad de los socios sobre las cantidades aportadas para la construcción de las viviendas.

De admitir la existencia de una copropiedad temporal de los socios en las Cooperativas de viviendas nos encontraríamos ante un supuesto complejo con dos entidades paralelas, una persona jurídica, la Cooperativa de viviendas, formada por los cooperativistas que contribuyen a ella con aportaciones obligatorias y voluntarias al capital social y participan en los servicios cooperativos; y una comunidad o copropiedad sobre las aportaciones de socios para la obtención de vivienda y el edificio resultante obtenido con ellas (entendida como ente separado de la Cooperativa, no como comunidad de bienes inserta en ella).

Podríamos encontrarnos ante un caso de copropiedad por cuotas, en la que cada uno tiene una parte ideal, alícuota, no concreta, que se confunde materialmente con las de los demás. De tal forma, cada cooperativista puede separadamente disponer de su cuota aportada, con las limitaciones impuestas por la normativa cooperativa, y hasta que se produzca la división y extinción de la copropiedad se encuentra obligado a obrar en común con los demás. La copropiedad puede tener su origen en la adquisición del solar o, si ésta no se ha producido, en la aportación a los servicios cooperativos que tiene

propiedad individual del socio con transmisión de la propiedad de la vivienda mediante compraventa: "Artículo 11. Régimen de propiedad de las viviendas. 1. En las cooperativas de vivienda podrán ser de aplicación los siguientes regímenes de propiedad de la vivienda : a) propiedad individual ; b) propiedad colectiva, reteniendo en la cooperativa la propiedad de viviendas. 2. En los Estatutos habrán de constar obligatoriamente el régimen de propiedad adoptado por la cooperativa." MONTOLÍO, JM : "Legislación cooperativa en la Comunidad europea". INFES, Madrid 1993, pág. 1066.

Los artículos 13 a 20 se ocupan del régimen de **propiedad colectiva**, en el que las viviendas son cedidas a los cooperativistas mediante atribución del **derecho de habitación** o por **inquilinato cooperativo** (arrendamiento).

Los artículos 21 a 23 regulan el régimen de **propiedad individual** de las viviendas. En el primero de ellos se prevé que el sistema de adquisición será un **contrato de compraventa**. También se establece que la propiedad individual puede reservarse hasta que el socio pague el total, como una condición resolutoria: "Artículo 21. Modalidades. 1. En el régimen de propiedad individual de las viviendas el derecho de propiedad será transmitido por la cooperativa a los cooperativistas por medio de un contrato de compraventa. 2. Cuando el precio debiera ser satisfecho mediante pagos aplazados, podrá la cooperativa reservarse para sí la propiedad de la vivienda hasta el pago total del precio o transmitirla bajo condición resolutoria para el caso de impago de tres plazos sucesivos o seis que no lo fueran. 3. En el caso del número anterior no se aplicará el artículo 781 del Código Civil." MONTOLÍO, JM : "Legislación cooperativa en la Comunidad europea". INFES, Madrid 1993, pág. 1068.

lugar cuando se constituye la Cooperativa e ingresan los socios. La división de la copropiedad se producirá mediante la constitución del régimen de Propiedad Horizontal.

Sin entrar en su desarrollo, que corresponde al cuarto capítulo de la tesis, pueden citarse como aspectos positivos de esta hipótesis su aplicación a algunas cuestiones como las relativas a la propiedad de lo aportado a la actividad cooperativa y la adquisición de la propiedad de las viviendas por los socios, así como el reflejo registral de dichas situaciones, la relación con los acreedores sociales y los de cada socio, el régimen económico de participación, gastos y beneficios en las viviendas, su administración por la persona jurídica Cooperativa; no así otras que quedan excluidas, como la imposibilidad de utilizar durante la vida de la comunidad el objeto de copropiedad –que puede venir impuesto como condición o por la utilización de la figura Cooperativa-, o el hecho de que se prescinda de la persona jurídica Cooperativa a efectos internos, al diferenciar dos entes, la Cooperativa y la copropiedad sobre lo aportado y sobre los pisos, quedando la primera relegada a una función representativa, instrumental o formal de la segunda.

Planteados los aspectos positivos y negativos de la consideración de las Cooperativas de viviendas como un caso complejo, en el que coexisten la persona jurídica Cooperativa y una comunidad o copropiedad de los socios sobre la cuantía aportada para la construcción de las viviendas; admitimos que el supuesto de hecho que investigamos, así como otros (construcción y gestión por la propia Cooperativa) pueden responder a esta hipótesis. Y ello aunque aparentemente parezca complicar las relaciones jurídicas entre los sujetos, circunstancia que no es negativa cuando contribuye a aportar luz. La admisión de la dualidad, Cooperativa-comunidad, no afecta a la relación jurídica compleja entre la Cooperativa y el socio, puesto que entre ambos tiene lugar tanto una

relación jurídica asociativa y todo lo que de ella deriva, como la relación jurídica de representación, doctrinalmente estudiada como interposición gestora.

4.2. Propiedad individual del socio sobre su aportación para la construcción de la vivienda.

Esta posibilidad responde más bien a que la relación jurídica de adjudicación se entienda resultante de un negocio jurídico de adjudicación celebrado entre la Cooperativa y el socio, a través del cual aquélla reconoce la propiedad de éste sobre la vivienda. De tal forma la aportación a la actividad cooperativa permanece en propiedad del socio, sujeta a las condiciones fijadas por la Cooperativa. Lo anterior es dudoso respecto de las Cooperativas de viviendas, tal y como funcionan en el tráfico, y son reguladas, puesto que ocasionaría muchas dificultades en la elaboración de las siguientes cuestiones: tanto en la conjugación de la adquisición del solar por la Cooperativa en representación de los socios –adquisición que da lugar, necesariamente, a una copropiedad sobre el mismo-, como en la adquisición de la propiedad de la vivienda por el socio, el título de la misma, la indefinición de la vivienda hasta que no se individualice ésta respecto del socio, la calificación de la Cooperativa como dueña de la obra que la recibe de la empresa constructora y la relación con los acreedores sociales y los acreedores del socio -especialmente la realidad de constitución de hipotecas afectas al edificio en conjunto durante la construcción del mismo hasta el momento de transmisión de la propiedad de las viviendas a los socios, en que el socio se subroga en la cuantía que corresponda a su vivienda-. La admisión de la hipótesis de propiedad individual no tiene porqué afectar a la condición de representante de la Cooperativa respecto del socio, ni a las relaciones con algunos terceros como la empresa gestora, aunque podría llevarnos al supuesto de transmisión o contrato de cambio entre la Cooperativa y el socio, siempre que se admita

que la Cooperativa adquiere la propiedad de lo aportado, y después transmite la vivienda.

En el caso de aceptar la existencia de una propiedad individual en todo momento las relaciones jurídicas serían siempre individuales, Cooperativa - socio, constructor – socio a través de la representación cooperativa, gestora - socio, y la adjudicación de vivienda supondría el reconocimiento de una propiedad que el socio tiene, desde el inicio, sobre lo aportado para la construcción de las viviendas, traducido material y sucesivamente en éstas. Sin embargo, como hemos expuesto, la realidad es muy distinta, por lo cual optamos por considerar que el supuesto de las Cooperativas de viviendas responde a la dualidad Cooperativa y copropiedad de los socios sobre solar, aportación a viviendas y edificio resultante, no existiendo una propiedad individual del socio sobre su vivienda en todo momento, sino sólo a partir de la entrega de la misma, resultado de la reserva y adjudicación de ésta a su favor.

IV. CONCLUSIONES

Hemos partido del análisis individualizado de las Cooperativas de viviendas como clase independiente en razón de su actividad u objeto, con regulación específica. Dentro de las Cooperativas de viviendas elegimos las de acceso del socio a la propiedad individual de la vivienda, como posibilidad de adjudicación de la vivienda al socio, objeto esencial y fin de esta persona jurídica.

Se ha analizado la dicción literal vigente de la LC, a la luz de evolución legislativa histórica, aunque su estudio no aporta demasiado desde el punto de vista sustantivo -sus términos son idénticos en esencia a la LGC anterior-. La regulación cooperativa ha ido incorporando sucesivamente la consideración de la aportación para la obtención de los servicios cooperativos como participación diferente del capital social y propiedad del

socio (1943), como obligación del socio (1974) y derecho de éste (1978). En ningún momento se ha hecho referencia clara a esta participación sobre las viviendas, el sujeto que ostenta la propiedad sobre ella, las etapas o fases por las que atraviesa, el régimen... En la actualidad se diferencia claramente dicha aportación del capital social de la Cooperativa, constituida como derecho y deber recíprocos de la Cooperativa respecto del socio, y viceversa, dentro de la relación asociativa en que están inmersos. Desde el punto de vista estrictamente literal, la regulación cooperativa vigente se manifiesta, en general, en mayor o menor medida según se trate de la LC o de las Leyes de las CCAA, distinguiendo la aportación a las viviendas tanto del patrimonio de cada socio como del patrimonio de la Cooperativa. La aportación revierte y se materializa en la vivienda, adquirida por cada uno de los socios con derecho a la misma. La vivienda se adjudica a éstos, según la dicción legal, mediante cualquier título admitido en Derecho, aunque no se especifica la razón de ser de tal circunstancia, los sujetos que intervienen, el título y modo de adquirir la propiedad...

Para averiguar el régimen jurídico, sujetos, derechos y obligaciones, en que se desarrolla la construcción y entrega de las viviendas, es necesario y fundamental plantearse la relación que existe entre la Cooperativa y el socio, en base a la cual surge la adjudicación; y si son ellos los sujetos entre los que tiene lugar la transmisión de la vivienda. Dicho análisis precisa una interpretación sistemática del tema, que no ha sido desarrollado suficientemente por la regulación cooperativa. Se trata de ponerlo en conexión con el resto del ordenamiento, con otras materias entre las cuales destaca el Derecho Civil, como común y supletorio de las Cooperativas de viviendas que actúan en orden a la promoción, construcción y adjudicación de viviendas. Se ha considerado excluida la materia mercantil, como así se ha argumentado en el capítulo inicial, aunque

esta exclusión no afectará a algunas cuestiones formales de organización de la cooperativa, como empresa, que se inspira en las normas de las sociedades mercantiles.

Además, como contribución al análisis de la relación entre la Cooperativa y el socio, es necesario distinguir los diversos supuestos, teóricos y prácticos, que en la actualidad se suceden en el ámbito cooperativo de viviendas en España, en orden a una interpretación sociológica del tema, aunque el legislador no haga referencia a ellos todavía. Esta diversidad se produce en varios ámbitos, en función de quien sea el sujeto que construye las viviendas, la Cooperativa o un tercero, la posible contratación de una empresa gestora para la administración de la Cooperativa y la adquisición de la propiedad o el uso de la vivienda por el socio. Respecto de las posibilidades citadas la práctica cooperativa actual, en España, responde principalmente al supuesto de adquisición de la vivienda en propiedad por el socio, cuya construcción es realizada por una empresa constructora ajena a la Cooperativa, correspondiendo la administración de la obra o incluso de la propia Cooperativa a una empresa gestora, y éste será el supuesto analizado²⁴⁹, aunque ello impide que las consecuencias que se extraigan no sean aplicables a otras hipótesis citadas, con los matices lógicos en cada caso. El supuesto práctico referido se encuentra ampliamente extendido, como se deduce de la mayoría de los casos que se plantean ante los Tribunales y de los problemas jurídicos más frecuentes en la construcción y adjudicación de las viviendas, con intervención de los sujetos citados, empresa gestora, constructor, cooperativa y socio, y de otros, propietarios del solar, entidades financieras... La empresa gestora actúa basándose en un contrato de gestión, servicios, mandato o similar respecto de la Cooperativa o de cada socio –cuyo contenido abarca el

²⁴⁹ Los supuestos citados son, de forma resumida: 1. Cooperativa que construye y administra por sí misma respecto del socio. 2. Cooperativa que representa al socio y gestiona la construcción, aunque el encargado de la construcción es un tercero. 3. Construcción de las viviendas por un tercero, con intervención de una empresa gestora en la administración. De éstos, el tercer supuesto es el más utilizado en la actualidad, y será analizado en profundidad. Posteriormente se verá si las consecuencias que se extraigan pueden extrapolarse al resto.

funcionamiento de la Cooperativa para la realización de su objeto social, la construcción de las viviendas, o incluso a la misma administración y organización de la Cooperativa, con una amplitud mayor o menor según los casos-. El constructor es contratado por la cooperativa, por cuenta de los socios, al igual que ocurre con otros terceros, propietario del solar, arquitectos... Debe resaltarse el papel relevante que suele tener la empresa gestora respecto de los contratos con terceros, gestionando su contratación, llegando incluso a administrar la relaciones internas de los socios, y su organización. La Cooperativa, con escasas funciones de administración, excepto las de su organización interna relativas a la formación de la voluntad social, suele quedar relegada a la función de representante, intermediario o similar de los socios, asumiendo la empresa gestora un importante papel en la realización del objeto social de ésta.

Respecto al núcleo fundamental de la tesis, la actividad cooperativa, fruto de la relación entre la Cooperativa y el socio, no admitimos de forma exclusiva y excluyente ninguna de las teorías estudiadas por la doctrina, puesto que pueden aceptarse sin que exista incompatibilidad entre ellas, al referirse a cuestiones diferentes. La teoría del acto debido afecta al acto jurídico de adjudicación de la vivienda como expresión de la actividad cooperativa. Se califica a dicho acto como debido, de cumplimiento de un negocio jurídico principal; sin aludir a la relación entre la Cooperativa y el socio, que se supone en este caso puramente asociativa. La calificación de acto debido, e incluso negocio independiente, puede aceptarse respecto de la adjudicación de la vivienda por la Cooperativa, que reconoce la propiedad de la misma a favor del socio, con base en el negocio jurídico de constitución de la propia persona jurídica. La aceptación del acto cooperativo no implica nada más que la admisión de su especialidad e independencia respecto de otros actos jurídicos, lo que puede ser cierto, no como origen y base sino,

como conclusión del estudio de la relación entre la Cooperativa y el socio, y el servicio cooperativo prestado a éste. La calificación de acto cooperativo no tendría porqué ser incompatible con su consideración de acto debido y negocio independiente, aunque tal y como la plantea la doctrina, lo es. Referida exclusivamente a la relación entre ambos sujetos principales –Cooperativa y socio-, y aplicada al caso de viviendas, surge la interpretación de la misma como interposición gestora, orientada en el sentido de representación indirecta, con claros e importantes efectos sobre la actividad cooperativa. Esta posición doctrinal cuenta, además, con la visión también favorable del TS, aunque no se refiere a ella de esta forma sino como representación de la Cooperativa respecto del socio, dueña de la obra aunque no de las viviendas y legitimada para actuar frente a los terceros que construyen las viviendas. Admitida esta opción como expresión de un aspecto fundamental de la compleja relación entre la Cooperativa y el socio, junto a la puramente asociativa, dejamos su estudio y la distinción respecto de figuras afines, así como los efectos que produce sobre el objeto cooperativo, para el siguiente capítulo.

No aceptamos la calificación de la prestación del servicio cooperativo de vivienda como negocio jurídico de transmisión, o contrato de cambio, al menos tal y como lo entiende la teoría y práctica cooperativa en nuestro ordenamiento. Ello no es óbice para que pudiera optarse por esta posibilidad, total o parcialmente –en casos de construcción realizada por la propia Cooperativa como es el caso francés-, y dar un giro a la política cooperativa, relegando a un segundo plano el fomento de la misma.

Previamente al análisis y desarrollo de la representación como esencia de la relación existente entre la Cooperativa y el socio –junto a la puramente asociativa-, y como cuestión nuclear para su estudio y para el análisis del resto de relaciones jurídicas que surgen con terceros, se ha planteado la duda de si la propiedad sobre lo aportado es

siempre individual de cada socio o, bien, como opina la doctrina, e incluso la Sala 3ª del TS, las aportaciones ingresan temporalmente en un régimen de copropiedad. En otros ordenamientos europeos se distingue el sistema de propiedad individual del socio en todos los supuestos en que éste adquiera la propiedad de la vivienda, y el sistema de propiedad colectiva en aquéllos en los que el socio adquiere el derecho de uso de la misma y no su propiedad, pudiendo en algún caso adquirir la propiedad posteriormente. Esta importante distinción debe aplicarse a nuestro ordenamiento aunque nuestro legislador no haya sabido resolver adecuadamente la cuestión. En nuestra actual LC, así como en las Leyes de las CCAA, tienen cabida ambas hipótesis, de adquisición de la propiedad individual por el socio o del derecho de uso de la vivienda, siendo la primera de ellas la más utilizada en la práctica, y la que tenemos en cuenta a efectos de la investigación. No obstante, la existencia de ambos supuestos no debe inducir a confusión respecto de la adquisición por el socio de la propiedad de la vivienda, adquisición que se produce de forma individual por éste con ayuda de la Cooperativa, en cuyo caso deberían desecharse las hipótesis planteadas de adquisición permanente en régimen de copropiedad o comunidad en este supuesto, que quedan reservadas a algunos casos de cesión del uso de la vivienda. Queda claro que el socio adquiere la propiedad de la vivienda aunque temporalmente la situación pueda ser diferente, al igual que ocurre en el ordenamiento francés. La división absoluta en propiedad y uso no puede confundirnos respecto a la adquisición de la propiedad por el socio, individual o colectiva; y ello entendiendo que el uso no debe implicar necesariamente propiedad colectiva. Partiendo del presupuesto de que la propiedad de las aportaciones realizadas para la construcción de la vivienda no ingresan en el capital social ni en el patrimonio de la Cooperativa, sino que permanecen en propiedad de los socios, se admite que dicha propiedad no siempre es individual y concreta, y temporalmente puede pasar por un período de copropiedad, y

ello aunque se persiga el fin último de adquisición por cada socio de la propiedad individual de la vivienda.

CAPÍTULO III. RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LA COOPERATIVA Y EL SOCIO. La representación del socio por la Cooperativa.

INTRODUCCIÓN.

Antes de comenzar con el núcleo principal de este capítulo, las relaciones entre los sujetos que intervienen en las Cooperativas de viviendas, vamos a recordar las bases de las que partimos, que ya han sido analizadas anteriormente y, que traen como consecuencia el análisis actual.

En primer lugar, se ha optado por un tratamiento jurídico diferenciado de las Cooperativas de viviendas, en razón de su independencia y autonomía. Así se deduce de la evolución de la práctica tanto en España como en el extranjero, y del estudio de las legislaciones sobre el tema. La realidad tiende a diferenciar y separar, cada vez más, los supuestos o tipos cooperativos, según la actividad que desarrollen. Frente a esto, nuestro legislador¹ no ha adoptado todavía una posición fundamentalmente eficaz, no sólo distinguiendo y estableciendo algunas normas acerca de las clases de Cooperativas, dentro de la regulación general de éstas, sino también solucionando los problemas concretos que se plantean en la actualidad. En nuestro país las Cooperativas se clasifican según distintos criterios, aunque ello no es especialmente útil por la ausencia de desarrollo mediante una regulación específica, omisión de la que también hace gala la doctrina, hasta ahora, bastante ajena a los problemas cooperativos en materia de viviendas. Entre los estudiosos del tema, PAZ CANALEJO² se manifiesta a favor de

¹ Esta no es la tónica legislativa habitual, ya que en otros países como Francia, Italia y Portugal, se ha entendido que la especialidad de las Cooperativas de viviendas requiere normas específicas adaptadas a esta situación, redactadas al margen de la norma cooperativa general. Pese a la existencia de regulación sectorial diversa, la clasificación teórica de las Cooperativas es un sistema poco utilizado en la mayor parte de los países europeos de nuestro entorno.

² PAZ CANALEJO en PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F. "Comentarios a la Ley General de Cooperativas": dirigidos por M. ALBALADEJO y F. SÁNCHEZ CALERO, art. 67 y ss., tomo XX, vol. 3º.

diferenciar a las Cooperativas en clases, clases que responden a distintos criterios interpretativos. Por lo que a viviendas se refiere podrían incluirse básicamente dentro de las de consumo, aunque sectorialmente son distintas por su objeto y por las normas y características que poseen. Con relación a las normas de aplicación a las Cooperativas, este autor³ distingue dos puntos de vista a tener en cuenta; el punto de vista societario, por el cual cada Cooperativa se rige por las normas específicas de su clase y otras a las que éstas se remiten, y por las generales de la LGC, y el punto de vista sectorial, por el que se aplica la regulación específica del sector económico que se trate, como sería el caso del urbanismo en materia de viviendas. Como resultado, a las Cooperativas se aplican las normas específicas del sector cooperativo, así como las de la legislación específica que corresponda según la actividad⁴. Por lo anterior, y puesto que asumimos esta opinión referida a la LC actual, las Cooperativas de viviendas precisan la aplicación de las normas del sector de Derecho privado que corresponda a las relaciones jurídicas que existen entre los sujetos intervinientes y la actuación de éstos en cada caso. En esta idea fundamental encuentra sentido la presente tesis y, especialmente los aspectos que desarrollaremos a partir de aquí, aunque la actual Ley de Cooperativas de 1999 haya

Edersa, Madrid 1994, pág. 560. Entre ellas se diferencian las de viviendas. Aunque el legislador español no ha desarrollado, fuera de la LC, normas concretas y exclusivas sobre cooperativas de viviendas, sí hacía referencia a la posibilidad de aplicación a las mismas de las normas sectoriales específicas, en el artículo 116 LGC.

³ PAZ CANALEJO en PAZ CANALEJO, N. VICENT CHILLÁ, F: "Comentarios a la Ley General de Cooperativas": Tomo XX, vol. 3º... cit, pág. 563.

⁴ Así se manifiesta también el Tribunal Supremo, en STS 3-2-1997 (Ar. 673), fundamento de derecho segundo, con relación a una Cooperativa de Trabajo asociado. Aunque no se trate de un supuesto de viviendas, la opinión del Tribunal es clara, y manifiesta que *"Las Cooperativas de Trabajo asociado tienen su origen en un contrato de tipo societario, tal contrato implica la obligación del socio de desarrollar la actividad cooperativizada de prestación de su trabajo", de claro contenido laboral; de ahí que el régimen jurídico de estas Cooperativas esté integrado por normas de carácter societario que regulan todo lo relativo a la condición de socio de la Cooperativa; por normas de carácter mixto que si bien proceden de la legislación cooperativa, incorporan normas del derecho del trabajo o de instituciones laborales, y por normas laborales que regulan las condiciones en que se desenvuelve la prestación de trabajo del socio -- trabajador. Esta distinta naturaleza de las normas rectoras de este tipo de Cooperativas tiene su reflejo en las normas de atribución de competencia a los órganos jurisdiccionales de los órdenes civil y social para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre la Cooperativa y el socio -- trabajador.*"

eliminado la remisión expresa a las normas sectoriales por razón de la actividad cooperativa.

En referencia a esta materia de aplicación de normativas sectoriales diversas, en función del objeto de la Cooperativa, no parece admitirse por la doctrina una interpretación de las normas cooperativas por estos sectores, sino por el Ministerio de Trabajo competente en materia cooperativa, por la confusión que pudieran generar interpretaciones diversas⁵.

En mi opinión, lo anterior es cierto aunque relativamente. Los conceptos y aspectos generales que planean sobre las Cooperativas deben ser analizados e interpretados como fundamentalmente cooperativos, sin olvidar la aplicación de otras ramas del Derecho sobre aquellas cuestiones que afecten a la actividad cooperativa específica de cada clase, que puede contribuir a aclarar y no a confundir al intérprete. En estos casos no sólo deben aplicarse normas de otras ramas al sector cooperativo, sino que los conceptos cooperativos generales deben tener en cuenta éstas.

Dentro de la regulación de las Cooperativas de viviendas, una vez diferenciadas del resto por las razones indicadas, así como por su evolución histórica y especialidades, y admitida la aplicación a las mismas de normas diversas, se ha analizado su objeto y fin, la utilización de los servicios cooperativos por el socio, derecho y deber de éste respecto de la Cooperativa que se materializa en la adjudicación de vivienda en las Cooperativas de este tipo. La especial relación entre la Cooperativa y el socio ha sido objeto de diversos estudios, concretándose éstos en varias teorías doctrinales. Admitidas la del acto debido,

A favor de la aplicación de las normas civiles sobre obligaciones y contratos al derecho de asociaciones se manifiesta DE SALAS MURILLO, S: *"Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho Español"*. Centro de Estudios Registrales, Madrid 1999, pág. 473 y ss.

⁵ PAZ CANALEJO se muestra en contra, en PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: *"Comentarios a la Ley General de Cooperativas"*: Tomo XX, vol. 3º... cit. pág. 895. Este autor ya planteó la cuestión en el primer volumen de estos comentarios PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: *"Comentarios a la Ley General de Cooperativas"*: dirigidos por M. ALBALADEJO y F. SÁNCHEZ CALERO, art. 1 y ss., tomo XX, vol. 1º, Edersa, Madrid 1989, pág. 32.

y la del acto cooperativo, aunque desde su consideración parcial de un punto de vista concreto, la interposición gestora, mayoritariamente aceptada, es la que realmente desarrolla dicha relación, por lo que se analizará a continuación, partiendo de las bases jurídico-civiles sobre la representación, y separándola de otras figuras afines a ésta.

Tras el planteamiento de los supuestos prácticos, parcialmente diferentes del teóricamente previsto en la Ley, vamos a examinar dicha relación, resolviendo después las circunstancias de la adquisición de la propiedad de la vivienda y los sujetos afectados por la misma. Partiendo de que nuestro objeto de estudio son los supuestos en que el socio adquiere la propiedad última de la vivienda, podría entenderse que nos encontramos ante un supuesto de representación, o similar, del socio por la Cooperativa frente a terceros. Avanzamos a priori que esta hipótesis puede resultar válida pero incompleta, no sólo por la relación básica cooperativa en la cual tiene su origen, sino por las cuestiones relativas a la propiedad de la vivienda, que quedan pendientes. En tal sentido la completaremos con otras posibilidades, y con las normas que sea preciso. Posteriormente, en el siguiente capítulo, con relación al tema de la adquisición de la propiedad de la vivienda, se desarrollará la cuestión de la copropiedad temporal de los socios sobre lo aportado para la obtención de las viviendas, y se intentarán extrapolar las consecuencias obtenidas a otros supuestos teóricos, menos frecuentes, con los que el supuesto analizado tiene más similitudes de las que a priori pueden apreciarse. Ambos capítulos obedecen y resultan del estudio de la relación jurídica compleja entre la Cooperativa el socio, aunque por razones prácticas y de organización la materia de los mismos se encuentre dividida. También queremos aclarar que la admisión de una hipótesis como general no significa que el resto de posibilidades no sean aplicables a supuestos concretos, en que la finalidad de los mismos responda a ellas.

Este estudio, en origen basado en la LGC, no se ve alterado por la entrada en vigor de la actual Ley de Cooperativas, puesto que las bases teóricas de la regulación de las Cooperativas se mantienen. Opinamos que realmente hubiese bastado con modificar la Ley actual, y no redactar una nueva.

RELACIÓN ENTRE LA COOPERATIVA Y EL SOCIO.

- 1. Teoría de la INTERPOSICIÓN GESTORA. Exclusión de otras posibilidades como la representación mercantil, nuncio, mediación, gestión de negocios ajenos, contrato a favor de tercero, contrato para persona a designar, y negocio fiduciario.**

Ideas previas

Debe analizarse la función básica que cumple la Cooperativa, persona jurídica independiente, integrando un conjunto o comunidad de personas que buscan un interés común. Según la doctrina de la interposición gestora la persona jurídica cooperativa, que aglutina a los socios y sus intereses, es una intermediaria, representante, u otra figura similar, de éstos, que actúa por ellos, sin adquirir en ningún momento la propiedad de lo actuado. Por ello deben analizarse y diferenciarse la representación y las figuras similares a ella, como el nuncio, mandato... en el ámbito civil y las correspondientes del ámbito mercantil - con la especialidad por la materia-, puesto que la teoría de la representación en general y los supuestos conexos a ella se definen y regulan en Derecho común y no en el mercantil. También veremos el sentido que se confiere en la actualidad al término interposición gestora, y la razón por la que estimamos preferible el de representación.

Aunque en la actualidad la función de la Cooperativa, inicialmente prevista de administración y representación de los intereses de los cooperativistas, se ve reducida en muchos casos por la intervención de una empresa gestora -encargada de la administración y gestión de la construcción de las viviendas- y la construcción encargada a un tercero; la Cooperativa continúa ostentando la representación de los socios (aunque

en algún caso, los menos, ésta se otorgue también a la empresa gestora). La función de representación no tiene porqué verse afectada por la circunstancia de que la Cooperativa gestione por sí misma, o construya las viviendas, salvo que en estos casos se quiera adoptar otra solución distinta, especialmente en los de autoconstrucción, como ocurre en otros ordenamientos. En principio, nosotros nos vamos a referir al supuesto de gestión y construcción delegadas en terceros, sin perjuicio de que, al final del capítulo cuarto, planteemos la aplicación de las consecuencias obtenidas a otros supuestos.

Como hemos avanzado, la relación que surge entre la Cooperativa y el socio respecto de la construcción de la vivienda y la adquisición de su propiedad puede responder a un apoderamiento o representación, nuncio, mandato... La doctrina no estudia el tipo concreto, ni sus circunstancias y efectos, ni tampoco la relación causal en que se basa dicha intermediación o representación, refiriéndose en ocasiones al contrato de mandato. En el capítulo segundo exponíamos que la tendencia doctrinal cooperativa favorable a la representación, llamada entonces “interposición gestora”, fue planteada, en nuestro país, por Aguilar García en 1972, y promovida y analizada por Manrique Romero y Rodríguez Poyo-Guerrero en 1980. AGUILAR GARCÍA⁶ se refiere a ella con relación a la naturaleza jurídica del acto de adjudicación de la vivienda a los socios. La vivienda se transmite a los socios, siendo la Cooperativa un representante que en ningún momento ostenta la propiedad de la misma. Respecto a la relación de la Cooperativa con los socios, aboga este autor por la representación, aunque ello implique prescindir de la personalidad jurídica independiente de la Cooperativa en el orden civil y registral. No hacen referencia a la denominación de interposición gestora MANRIQUE ROMERO Y

⁶ AGUILAR GARCÍA, M: “*Cooperativas de viviendas: disposiciones comunes y específicas*”. RDN, Madrid, abril - junio 1972, pág. 48 a 50.

RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO⁷, que consideran que la relación entre la Cooperativa y el socio es una representación indirecta, en nombre propio y por cuenta ajena, cuya actuación provoca efectos directos en los socios y sus patrimonios. Estos autores se refieren también a la Cooperativa como mandataria de los socios, titular formal de los inmuebles, que reconoce la propiedad a favor de aquellos. También GIRÓN⁸, en 1986, afirma que son los socios los que adquieren y no la cooperativa que es una empresa de servicios. FAJARDO GARCÍA⁹ se inclina por la titularidad del socio sobre las cantidades aportadas para la adquisición de vivienda, frente a la titularidad formal de la Cooperativa, que actúa por cuenta del socio. MANRIQUE PLAZA¹⁰ alude a la adjudicación como reconocimiento de la Cooperativa, titular formal, de la propiedad del socio, titular material, tratándose de un caso de representación indirecta. Esta calificación implica que el propietario de las cantidades aportadas para la vivienda, y de la vivienda, es el socio, no la Cooperativa. En algunos casos se trataría de un mandatario en nombre propio, según ha sido definido por GULLÓN¹¹. Se adhiere a la visión de la Cooperativa como un caso de interposición gestora y mandato no representativo TRUJILLO DÍEZ¹².

⁷ MANRIQUE ROMERO, F. Y RODRIGUEZ POYO-GUERRERO, JM: *"La Cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico"*. RIDN, Madrid julio - diciembre 1980, pág. 29 a 155.

⁸ GIRÓN TENA, J: *"Las sociedades mercantiles en el Código de comercio"* en Centenario del Código de comercio, vol. 1º. Ministerio de Justicia, Madrid 1986, pág. 183-4.

⁹ FAJARDO GARCÍA, G: *"La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios"*. Tesis doctoral, Valencia 1992, pág. 228. En la publicación de la tesis, se intuye esta opinión, aunque la autora no lo manifiesta expresamente; FAJARDO GARCÍA, G: *"La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios"*. Tecnos Madrid 1997, pág. 85 y ss. FAJARDO GARCÍA, G: *"La responsabilidad del socio en la gestión económica de la cooperativa de viviendas desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo"*. CIRIEC, legislación y jurisprudencia Valencia, núm. 5 1995.

¹⁰ MANRIQUE PLAZA, F: *"Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa"*: LGC art. 129 a 132. Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pág. 1094.

¹¹ GULLÓN BALLESTEROS, A: *"Mandatario que adquiere en nombre propio"* en Estudios Jurídicos en homenaje a de Castro I, Tecnos Madrid 1976, pág. 761 y ss.

¹² TRUJILLO DÍEZ, LJ: *"Comentario a la STS de 16-2-1998"*, en C.C.J.C núm. 47, pág. 819 y ss. -sentencia de 3-3-1998 (Ar. 1128)-. El autor llega a admitir esta hipótesis como solución de la responsabilidad de los socios adjudicatarios frente a terceros, incluso después de cinco años desde la fecha de baja de los mismos, excluyendo

Todas las opiniones citadas se refieren a la condición de representante, o similar, de la Cooperativa respecto del socio, que actúa por él frente a terceros. Esta doctrina intenta aplicar al supuesto cooperativo la teoría general de la representación unida al mandato, olvidando la existencia, de una parte, de un negocio jurídico básico de constitución de la Cooperativa, y de otra, la ausencia de ajenidad absoluta entre la persona jurídica cooperativa y las personas físicas que la forman. Ambas circunstancias condicionan la solución que deba adoptarse en los términos que iremos viendo.

En materia de representación, entendida en sentido amplio, existen distintas hipótesis que deben ser analizadas previamente para su adopción o no como estructura teórica de la relación entre la Cooperativa y el socio. En principio todas ellas se refieren más o menos a un supuesto de representación, aunque en niveles de cooperación diferentes¹³; de hecho en los casos de transmisión de voluntad como el nuncio, material o técnica como el mediador, y de derecho por la que una persona actúa vinculando a quien sustituye como si la voluntad de ambos fuese una única voluntad, como ocurre en la representación directa e indirecta, e incluso en el contrato a favor de tercero.

Todas ellas deben analizarse, para elegir la más adecuada y aplicable al supuesto cooperativo, a la relación entre la Cooperativa y el socio. Además, debemos averiguar la razón del cambio de denominación, puesto que inicialmente se hacía referencia a la teoría como interposición gestora.

1.1. Interposición gestora

La relación entre la Cooperativa y el socio ha sido calificada por algunos autores de interposición gestora, denominación bajo la que se engloba una de las teorías doctrinales

otras soluciones como la propia del TS que no fundamenta el fallo, el enriquecimiento sin causa, la acción subrogatoria y la revocatoria.

mayoritarias y más actuales sobre la cuestión, casi mayoritariamente admitida por los autores que estudian las Cooperativas de viviendas. Se denomina interposición gestora por los autores que recogen y clasifican las posiciones doctrinales sobre la adjudicación de la vivienda al socio por la Cooperativa, entre otros PAZ CANALEJO¹⁴. Aunque se denomine así, el nombre no es suficiente para admitir que se trate realmente de una interposición gestora, o de una representación indirecta en contraposición a otras posibilidades, ni se hace referencia a lo que se entiende en ambos supuestos. Además, la doctrina que desarrolla la hipótesis tiene una visión de la figura que no corresponde con lo que se entiende por interposición gestora en sentido estricto. La calificación de interposición gestora surge en base a la calificación de la Cooperativa como entidad gestora, de servicio propio respecto de sus socios, como *"forma jurídica... pensada para, y dirigida al, servicio de los principios e ideales del cooperativismo"*¹⁵ -no podemos olvidar que en la actualidad dicha función gestora ha perdido algunas de sus facultades a favor de otros sujetos, profesionales individuales o empresas-.

La denominación como interposición gestora se produce en un momento en que ésta se identificaba con la actual representación indirecta, situándola fuera del concepto de representación. No obstante, a diferencia de la doctrina general de la representación y sus opiniones respecto de la interposición gestora, los autores que se manifiestan nominalmente a favor de esta opción en relación con las Cooperativas adoptan una visión del supuesto como representación indirecta incluida dentro de la representación, admitiendo, en último término, los efectos directos de la misma sobre el socio.

¹³ Clasificación mantenida por LEÓN ALONSO, JR: *"Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales"*; dirigidos por M. ALBALADEJO, art. 1709 a 1738, tomo XXI, vol. 2º, Edersa, Madrid 1986, pág. 27.

¹⁴ PAZ CANALEJO, N; VICENT CHULIÁ, F: *"Comentarios a la Ley General de Cooperativas"*; dirigidos por M. ALBALADEJO y F. SANCHEZ CALERO, art. 29 y ss., tomo XX, vol. 2º, Edersa, Madrid 1990, pág. 148.

Previamente al análisis de la representación, como hipótesis generalmente admitida, debe analizarse lo que se entiende por interposición gestora. Algunos autores, como DIEZ PICAZO y GULLÓN¹⁶, muestran el origen de dicha posibilidad en la doctrina alemana, que considera como tal al intermediario que actúa en nombre propio, fuera del concepto de representación. No admiten esta hipótesis, y ello porque mantienen que la actuación en nombre propio por cuenta ajena es un supuesto de representación indirecta, incluida en el concepto de la representación. DE CASTRO¹⁷ también hace referencia a la posibilidad de identificar la representación indirecta con la interposición gestora, independiente de la representación e indiferenciada respecto del gestor de negocios ajenos (art. 1888 CC).

La interposición gestora es entendida por los autores que la admiten y proponen, DE LA CÁMARA¹⁸ entre otros, como la actuación en nombre propio por cuenta ajena, identificándola con lo que otros llaman posteriormente representación indirecta. El autor

¹⁵ PAZ CANALEJO en PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: "Comentarios a la Ley General de Cooperativas": Tomo XX, vol. 1º... cit, pág. 21.

¹⁶ DIEZ PICAZO y GULLÓN: "Sistema de Derecho civil". Vol. I. Tecnos, Madrid 1998, pág. 565 y ss.

¹⁷ DE CASTRO, F: "Temas de Derecho Civil." Madrid 1976, pág. 126.

¹⁸ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M: "Estudios de Derecho Civil". Montecorvo, Madrid 1985, pág. 136 y ss: "*Por consiguiente, estimo que no es lícito incluir las dos formas de actuación gestoria dentro de una misma categoría conceptual. La representación mediata constituye el caso típico de interposición real de persona, mientras que la representación directa consiste, como diría ROCA SASTRE, en un desdoblamiento de la propia personalidad. Si se quiere proceder, pues, con rigor terminológico... debiera reservarse el término "representación" para la que solamente merece este nombre, es decir, para la representación directa. Probablemente, seguirá hablándose de representación indirecta; los defensores de la pretendida unificación han conseguido que esta expresión incorrecta arraigue en nuestra terminología jurídica, por lo que es de temer que seguirá utilizándose, aunque sólo sea por razones de comodidad. No voy a hacer de ello una cuestión de gabinete a condición de que no se pretenda que la representación mediata y la inmediata son dos especies de un mismo género. Y lo que de ningún modo resulta admisible es que, presuponiendo que también la mal llamada representación mediata es representación, se trate de desvirtuar, con más o menos ingenio, las consecuencias dimanantes de la interposición real de persona hasta borrar, casi por completo, los distintos efectos que deben producirse según que la actuación gestoria se cumpla en nombre del principal o en nombre del gestor. La interposición real de persona, en la medida en que el derecho la permite, debe servir para algo, concretamente para que el principal no asuma la responsabilidad de los contratos celebrados por el gestor, quien es, para el tercero, el que únicamente contrató con él. Ni es justo que el tercero pueda contar con dos deudores ni tampoco que se le obligue a entenderse con quien no fue parte en el contrato. Pero, como contrapartida, el que recurre a los servicios de una persona interpuesta tiene que quedar sujeto a unos riesgos que no debe correr el que abiertamente se hace representar. La Ley ya se preocupa (tal vez con excesiva generosidad) de mitigar el rigor de la incommunicación que, lógicamente, es consecuencia de la interposición real de persona, e incluso atenúa,*

citado afirma que la interposición gestora, a diferencia de la representación directa, no es un supuesto de representación sino de interposición real de persona. Ambas, representación directa e interposición gestora, no son dos especies del género representación, ni producen los mismos efectos. Se afirma que dicha interposición provoca el efecto de que la responsabilidad de la actuación del gestor no afecte al principal frente al tercero, y ello porque el principal no es parte del contrato; el principal asume el riesgo que implica no tener responsabilidad. No obstante este autor admite que, en ciertos casos, la Ley suaviza los efectos planteados.

La consideración de la relación entre la Cooperativa y el socio como interposición gestora no puede admitirse a los efectos citados, es decir, considerando ésta como una gestión de negocios ajenos, en nombre propio por cuenta ajena, sin existir representación con efectos jurídicos entre la persona interpuesta y el tercero, en este caso entre la Cooperativa y el tercero con el que contrata, quedando el principal, el socio cooperativo, al margen. Aplicando esta teoría a las Cooperativas de viviendas, en la relación entre los terceros y la Cooperativa -gestor interpuesto- sería esta última la que adquiriría la propiedad de las viviendas y no los cooperativistas -salvo ratificación posterior-, lo que no es consecuente con la realidad normativa y práctica de la figura, que claramente excluye del capital y patrimonio cooperativos lo aportado por los socios para la construcción de las viviendas, la llamada “masa de gestión económica”, así como éstas mismas, adquiridas por los socios. Pese a que nominalmente se hace referencia a la “interposición gestora” su admisión nos llevaría a una situación diferente del supuesto de representación planteado, y con efectos distintos a los admitidos por la doctrina que estudia el tema cooperativo.

aunque no los excluya del todo, en ciertos casos especiales, los efectos que, según la pura lógica jurídica, son

Debe excluirse la interposición gestora, así entendida, como base de la relación entre la Cooperativa y el socio frente a terceros. El supuesto práctico que se está analizando, mayoritariamente extendido, en el que la Cooperativa proporciona las viviendas a los socios, sería una excepción a la regla general de la interposición gestora y a la eficacia de lo convenido entre el gestor y el tercero, o un caso permanente de ratificación posterior por el principal de la actuación de la Cooperativa, lo que no corresponde con la realidad. La interpretación pura de la figura de interposición gestora no parece conforme con la pretensión de la doctrina que estudia el tema cooperativo, que propone su consideración referida a la representación. El mantenimiento de la denominación inicial de interposición gestora podría ocasionar confusión, por lo que deberemos prescindir de ella y mantener la de representación indirecta.

Una vez superada la vaguedad de dicha denominación, y sustituyéndola por el término “representación”, debe tenerse en cuenta que, en el concepto amplio de representación actualmente admitido se incluye no sólo la representación directa sino también la que se produce en nombre propio, o representación indirecta, por lo que deberemos precisar a cual de ellas nos referimos. También deben descartarse figuras jurídicas similares o cercanas a la representación, y averiguar si existe una relación jurídica origen de ésta. Así, se presenta como primera necesidad investigar cual de las posibilidades es aplicable y admisible en el supuesto cooperativo analizado, distinguiendo la representación de otros supuestos como el nuncio o mensajero, la gestión de negocios ajenos, el contrato a favor de tercero, su interpretación desde el negocio fiduciario y el contrato para persona a designar; y por supuesto la eliminación previa de las figuras mercantiles cercanas.

inherentes a la actuación gestoria en nombre propio.”

1.2. Representación mercantil.

La inaplicación del Derecho mercantil a las Cooperativas de viviendas ha quedado desarrollada en el primer capítulo, tanto por su actividad, no habitual, como por el objeto de la misma, los inmuebles. Sin embargo, en materia de representación puede surgir la confusión por el carácter de empresa de la Cooperativa, así como por la existencia de órganos de representación de la misma, fruto de su condición de persona jurídica. Aunque a priori haya sido excluida la condición mercantil de la promoción y construcción de inmuebles para uso propio, deben analizarse más exhaustivamente los supuestos de representación mercantil regulados, tanto en el ámbito de representación orgánica como en la voluntaria, por la influencia que tienen sobre la representación en general.

*La representación mercantil, en sentido general, no presenta especialidades sustanciales respecto de la civil; las normas que hacen referencia a ella son muy similares, así como las figuras y relaciones jurídicas que se establecen, salvando la especialidad correspondiente*¹⁹. La teoría general de la representación, desarrollada en el ámbito civil y propia de éste, es admitida por la doctrina mercantil, que añade a aquélla algunas notas o peculiaridades. En todo caso, según BROSETA²⁰, la diferencia entre la representación civil y mercantil se basa en que en esta última el contenido se determina por Ley, y sus restricciones o límites, excepto los legales, no son oponibles a terceros. Este último criterio sobre las limitaciones a la representación ha sido admitido por la jurisprudencia y extendido también a otros ámbitos como el civil. Es por todos conocido que el Tribunal

¹⁹ Como sabemos, la teoría general de la representación, al margen de su ámbito, distingue varios tipos, legal, orgánica y voluntaria. Respecto a la representación legal, basta remitirse a las normas que la establezcan, al margen de su condición civil o mercantil. La representación orgánica goza de un gran desarrollo en materia mercantil, societaria, con claras influencias sobre el resto de materias. Asimismo, también existen supuestos de representación voluntaria con base en contratos mercantiles de cooperación, del tipo del mandato o similares, con empresarios independientes del principal o representado, o bien respecto de sujetos, auxiliares subordinados al comerciante, que mantienen una relación laboral con el representado, aunque éstos no gozan de tanta influencia.

Supremo²¹ aplica, en materia de representación, los principios de la representación mercantil, para protección de la seguridad del tráfico y de los terceros de buena fe, como así ocurre con relación a la actuación de los órganos cooperativos.

Dejando lógicamente a un lado la representación legal, nos centraremos en la orgánica y la voluntaria, por las posibilidades de aplicación de sus principios a la figura cooperativa, tanto en su organización interna como en las relaciones externas.

1.2.1. Representación orgánica

La representación orgánica de las personas jurídicas se regula específicamente en cada tipo societario mercantil, y afecta a las relaciones externas con terceros, y no a las internas de la sociedad con los socios²². Al margen de que las normas de cada uno de ellos sean específicas, en general responden a una idea común, la especial protección de los terceros de buena fe. No pueden aplicarse las normas de la representación orgánica de las sociedades mercantiles al caso de las Cooperativas, puesto que éstas no son mercantiles ni sus normas se remiten a ellas en general –aunque la actual Ley de Cooperativas lo haga en algún caso como el del art. 43, responsabilidad de los miembros del Consejo-. Debe tenerse en cuenta que ha sido fuente de inspiración para el legislador cooperativo, al regular la representación orgánica de la Cooperativa; representación que puede afectar a la hipotética función representativa de la Cooperativa respecto del socio, puesto que ésta actúa como persona jurídica por medio de sus representantes orgánicos.

Las normas de representación orgánica, tanto de las sociedades mercantiles personalistas, colectivas y comanditarias, como de las de capital, anónimas y de responsabilidad

²⁰ BROSETA PONT, M. "Derecho Mercantil". Tecnos, Madrid 1994, pág. 444.

²¹ Sentencias citadas en nota a pie 233.

²² SÁNCHEZ CALERO, F. "Instituciones de Derecho Mercantil". Vol. 1. Mc Grau Hill. Madrid 1998, pág. 228 y ss.

limitada, se caracterizan porque los administradores que ostentan la representación gozan de un ámbito de poder prácticamente ilimitado, en su actuación frente a terceros de buena fe, obligando a la entidad aunque su actuación se produzca fuera del objeto social o incluso de los límites inscritos en el Registro mercantil, y quedando sólo sujetos a las limitaciones legales. En estos casos, la actuación fuera del objeto social o de los límites inscritos en el Registro sólo puede ser oponible ante terceros de mala fe, siempre que la sociedad pruebe la mala fe (dolo o culpa, incluso negligencia en función del caso concreto²³).

Las sociedades colectivas²⁴ permiten la actuación ilimitada de los socios administradores, siempre que estén autorizados para usar la firma social, al margen de la responsabilidad interna frente a otros socios, pudiendo actuar incluso fuera del objeto social. Las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada se rigen por normas idénticas en materia de representación orgánica de sus administradores. Respecto a ellas, además de regularse todas las posibles titularidades en materia de representación (un administrador, varios solidarios o mancomunados o un Consejo de administración), se contempla con gran amplitud el ámbito del poder²⁵, inderogable, sin enumeración de facultades. Frente a

²³ Esta cuestión parece clara desde la promulgación del TR de la Ley SA en 1989 y el nuevo Reglamento del RM en 1996. En tales términos se expresaba POLO, E: "Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles". Tomo VI, Civitas, Madrid 1992, pág. 141 y ss (art. 128 y 129 del TR).

²⁴ Así se establece en los artículos 127 y 128 del C de c vigente y 209.4º del RRM. "Art. 127. Todos los socios que formen la compañía colectiva, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada a usarla. Art. 128. Los socios no autorizados debidamente para usar de la firma social no obligarán con sus actos y contratos a la compañía, aunque los ejecuten a nombre de ésta y bajo su firma. Art. 209. En la inscripción primera de las sociedades colectivas deberán constar necesariamente las circunstancias siguientes: 4º. El objeto social, si estuviere determinado"

²⁵ En materia de SA: art. 129 TRSA, RD legislativo 1564/1989 de 22-12 y 124 RRM. RD 1784/1996 de 19-7. Para las SRL: art. 63 LSRL 2/1995 de 23-3 y art. 185 RRM. "Art. 129 LSA y 63 LSRL. Ámbito de la representación. 1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. 2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social." Los artículos 124 y 185 del RRM regulan la administración y representación de la sociedad, SA y SRL. Prevén la ausencia de enumeración de facultades en

terceros de buena fe que actúen con la sociedad no tienen eficacia los límites, aún inscritos en el Registro Mercantil, ni tampoco la limitación del objeto social.

En materia cooperativa, la Ley vigente y las Leyes autonómicas dedican capítulos especiales a la representación orgánica de la persona jurídica. En el ámbito estatal, la representación orgánica corresponde al Consejo Rector, siendo representante legal de la misma su Presidente o Vicepresidente, como dispone el art. 32.2²⁶ de la LC -artículos 53 y 54 de la LGC, sólo se refieren al Presidente-, y de forma parecida lo entienden las normas autonómicas. Las limitaciones impuestas por la propia Ley afectan a terceros de buena fe, según dispone el artículo 32.1 de la LC –art. 43.2º de la LGC en relación con el 53.2 -. Otras limitaciones, estatutarias o internas no son oponibles a terceros de buena fe, como exige el art. 32.1²⁷ LC –art. 53 LGC-. No debemos olvidar que la especial protección de los terceros de buena fe no sólo se produce en el ámbito cooperativo, en el societario en general por influencia mercantil, sino que es un principio general admitido por la jurisprudencia y la doctrina en materia de representación. El esquema de la regulación de los órganos cooperativos responde a los criterios de la representación orgánica para las SA y SRL, si bien con sus propias normas.

Puesto que no hay normas que se refieran a la función representativa de la Cooperativa de viviendas respecto del socio, porque el legislador no se lo ha planteado, las normas sobre la representación orgánica de la Cooperativa, mediante la cual ésta actúa en el

su último apartado, art. 124.4º y 185.6º “No podrán inscribirse en el Registro Mercantil las enumeraciones de facultades del órgano de administración que sean consignadas en los estatutos.”

²⁶ Art. 32.2. El Presidente del Consejo Rector y, en su caso, el Vicepresidente, que lo será también de la Cooperativa, ostentarán la representación legal de la misma, dentro del ámbito de facultades que les atribuyan los Estatutos y las concretas que para su ejecución resulten de los acuerdos de la Asamblea General o del Consejo Rector.”

²⁷ “Art.32.1. El consejo Rector es el órgano colegiado de gobierno... En todo caso, las facultades representativas del Consejo Rector se extienden a todos los actos relacionados con las actividades que integren el objeto social de la Cooperativa, sin que surtan efectos frente a terceros las limitaciones que en cuanto a ellos pudieran contener los Estatutos.”

tráfico con terceros, clara expresión de la personalidad jurídica subyacente, deben ser tenidas en cuenta. La función representativa de la Cooperativa respecto de los socios tiene su campo de acción en las relaciones externas con terceros. Una referencia más amplia a la representación orgánica de la Cooperativa se realizará en el capítulo quinto de la tesis, al que nos remitimos, relativo a la gestión de la Cooperativa por sus órganos de administración o por terceros, empresas gestoras, que suplen o colaboran en la gestión y administración de la Cooperativa.

1.2.1. Representación voluntaria.

La relación entre la Cooperativa y los socios parece encajar dentro de una representación del tipo voluntario. Aunque la teoría general de la representación se desarrolla en general en materia civil, también existen supuestos representativos en el ámbito mercantil que pueden tener alguna repercusión en el caso cooperativo. Es preciso analizar los casos de representantes mercantiles voluntarios, dependientes e independientes, para concluir a favor o en contra de la aplicación supletoria de alguna de sus normas al supuesto de Cooperativas de viviendas.

La representación mercantil puede ser dependiente²⁸ o no del principal o representado. Las normas y principios sobre los colaboradores dependientes no son aplicables a la relación representativa entre la Cooperativa y el socio porque la Cooperativa no está ligada con los socios por ningún vínculo de trabajo, o similar, no es dependiente ni está subordinada a ellos, simplemente es un representante que actúa en nombre propio pero

²⁸ SÁNCHEZ CALERO, F: "Instituciones de Derecho Mercantil". Vol. I... *cit*, pág. 192 y ss. El esquema que se ofrece, colaboradores dependientes e independientes, responde al planteado por este autor. Los colaboradores dependientes del empresario están ligados por una relación laboral permanente, en subordinación con el empresario o principal, actuando desde dentro de la empresa, como el caso del apoderado general o factor y otros singulares (dependientes y representantes de comercio). También en BROSETA PONT, M: "Manual de Derecho Mercantil" ... *cit*, pág. 163 y ss. Los factores se diferenciaban según el poder fuese inscrito en el Registro Mercantil (conocido por terceros) o no. URÍA, R: "Derecho Mercantil". Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 48 y ss. Los colaboradores dependientes están regulados en el C de c, siendo algunas de sus normas, especialmente las referidas al factor, las que generalmente se consideran aplicables a la representación mercantil.

por cuenta ajena. Lo anterior se deduce de la lógica de la figura, y encuentra su apoyo en la propia legislación cooperativa²⁹ que admite como socios tanto a las personas físicas como jurídicas, e incluye como obligación en el art. 15.f de la LC la prohibición de competencia con la Cooperativa -el artículo 29 LGC había previsto una restricción, eliminada en la LC actual, respecto de los socios que sean personas jurídicas, de las que dice que no pueden actuar como empresarios respecto de la propia cooperativa-. Ello excluye la posibilidad de que el socio sea empresario mercantil y actúe como tal respecto de la Cooperativa, lo que nos llevaría a uno de estos supuestos de representación mercantil. Respecto a las Cooperativas de viviendas, que son las que estudiamos, el artículo 89 LGC se refiere a la obtención de viviendas para uso propio, tanto para personas físicas, como para entes públicos y entidades sin ánimo de lucro que precisen alojamiento para las personas dependientes de ellas o locales para su desarrollo -art. 129 LGC-. En la práctica el socio al que nos referimos es esencialmente persona física, lo que no excluye que personas jurídicas opten a un inmueble para sus empleados, aunque no lo harán en condición de tales, sino dentro de una relación jurídica privada con la Cooperativa, nunca como empresario. Debe excluirse que pueda darse un supuesto de representación mercantil dependiente en la relación entre el socio que opta a una vivienda y la Cooperativa.

²⁹LC de 1999. "Art. 12. En las Cooperativas pueden ser socios, en función de la actividad cooperativizada, tanto las personas físicas como jurídicas, públicas o privadas y las comunidades de bienes. 2. Los Estatutos establecerán los requisitos necesarios para la adquisición de la condición de socio, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley." El artículo 89 contempla tanto a las personas físicas como a las jurídicas: "Art. 89.1. Las Cooperativas de viviendas asocian a personas físicas que precisen alojamiento y/o locales para si y las personas que con ellas convivan. También podrán ser socios los Entes públicos y las Entidades sin ánimo de lucro, que precisen alojamiento para aquellas personas que dependientes de ellos tengan que residir, por razón de su trabajo o función, en el entorno de una promoción cooperativa o que precisen locales para desarrollar sus actividades..."

LGC: "Art. 29. Personas que pueden ser socios. 1. En las Cooperativas de primer grado pueden ser socios tanto las personas físicas como las jurídicas, públicas o privadas, con las salvedades establecidas en el capítulo VII. En las Cooperativas de segundo o ulterior grado sólo pueden ser socios las Sociedades Cooperativas, salvo lo establecido en el artículo 30 y en el número 1 del artículo 148. 2. Nadie podrá pertenecer a una Cooperativa a título de empresario, contratista, capitalista u otro análogo, respecto de la misma o de los socios como tales."

Otra situación distinta es la de los colaboradores independientes del empresario o principal, ligados con éste por vínculos contractuales diversos y con facultades de representación del mismo.

Los colaboradores independientes son aquellos que no están vinculados ni subordinados al principal, son empresarios que colaboran con otro empresario mediante la celebración de contratos de comisión, agencia y mediación o corretaje. La aplicación supletoria de sus normas exige, en primer lugar, considerar como mercantil la relación entre la Cooperativa y el socio, tanto por el objeto de la misma, que debería ser un acto de comercio según el artículo 244 del C de c, lo que no es admisible y ha sido excluido, como por el sujeto, respecto del que el Código sólo exige que una de las partes sea comerciante. Con relación al sujeto, debe precisarse que el socio cooperativo no actúa como empresario mercantil (aunque puede serlo), y la Cooperativa es una persona jurídica del tipo empresarial, pero en ningún caso será un empresario mercantil - empresario mercantil es el que se dedica a esta actividad, profesional y habitualmente-, puesto que aunque su estructura y funcionamiento son propios de una empresa³⁰, no se caracteriza por la dedicación profesional y habitual a la promoción y construcción de viviendas y, además, aunque actúa en nombre propio, lo hace por cuenta ajena. Al margen de que consideremos que es una empresa, teniendo en cuenta que asume una estructura empresarial, no es mercantil, porque no está incluida en el C de c como sociedad mercantil, y porque la construcción y adquisición de inmuebles para sí mismo

³⁰ Según SANCHEZ CALERO las notas características del empresario son: actividad de organización, actividad profesional y actuación en nombre propio (con responsabilidad propia, referida más bien a actuación por cuenta propia). SANCHEZ CALERO, F: "Instituciones de Derecho Mercantil". Vol. 1., *cit*, pág. 50 y Ss. La Cooperativa cumpliría la nota de actividad de organización, quizá la habitualidad durante el tiempo que dura la construcción, pero no se produce en ningún caso en nombre propio y por cuenta propia, lo que revierte en terceros, ni tampoco actúa como profesional. Es dudoso que cumpla la de actuación en nombre propio porque tampoco puede afirmarse que produzca para sí misma sino para los socios, actuando por cuenta de ellos.

no es un acto de comercio, una actividad empresarial³¹, ni se asume un riesgo en el desarrollo de la actividad.

Se añade a lo anterior que los supuestos de representación independiente regulados en el C de c tienen como base una relación causal contractual, recíproca y bilateral entre los sujetos -comisión o mandato, mediación y agencia-, y por ello son de difícil encaje en relación representativa entre la Cooperativa y el socio, cuya base negocial se orienta hacia un negocio plurilateral, asociativo, de constitución de la persona jurídica Cooperativa. En el caso de la comisión mercantil entendemos que le será aplicable lo que planteemos respecto del mandato, puesto que se trata de un mandato mercantil; y la mediación se estudiará más adelante en general sin distinción de ámbito.

El tipo de representación de estos contratos mercantiles se rige por criterios similares a los estudiados según la doctrina civil de la representación, sus clases y efectos; pero, sin embargo, excluida la posibilidad de aceptar que la relación entre la Cooperativa y el socio pueda enmarcarse en ninguna de las hipótesis mercantiles, sus normas específicas no nos aportan demasiado.

Como hemos dicho, sólo pueden tener alguna relevancia las normas de la representación orgánica de sociedades mercantiles, y ello porque la Cooperativa adopta una estructura orgánica interna de tipo empresarial, con algunas notas parecidas a las de sociedades de capital, preferentemente la SA, y porque la representación orgánica en general se inspira cada vez más en estos tipos sociales en los que se desarrolla con gran amplitud –así ocurre en la LC actual–.

³¹ SÁNCHEZ CALERO, F: “Instituciones de Derecho Mercantil”. Vol. 1., *cit.*, pág. 212 y ss. Estas son las dos notas de las sociedades mercantiles: incluidas en el C de c o ejercitando actividad empresarial.

En consecuencia, en caso de admitir que la relación entre la Cooperativa y el socio sea considerada representativa se aplicarán a ésta sus normas cooperativas específicas generales y autonómicas, y las normas generales de la representación (CC, art. 1259 y normas sobre el mandato), sin perjuicio de admitir la influencia que sobre las normas de organización de la misma tiene la regulación societaria.

1.3. Cooperadores de hecho. Nuncio o mensajero. Intermediación.

Además de excluirse el ámbito mercantil, deben analizarse los distintos supuestos de cooperación, empezando por los más simples hasta llegar a los más complejos, para su admisión o no como base de la relación Cooperativa – socio. Una de las hipótesis que debe plantearse, por su proximidad y confusión en ocasiones con la representación, es la consideración de la Cooperativa como un nuncio o mensajero, que transmite o recibe una declaración de voluntad sin participar en su formación. El nuncio difiere de la representación en que transmite una voluntad, mientras que el representante interviene también en la formación de aquélla. El nuncio o mensajero es un simple intermediario, utilizado como medio de transmisión de la voluntad sin manifestarse respecto de ésta.

Aunque en muchos casos la doctrina³² ha empleado la denominación de intermediario para referirse a la Cooperativa, e incluso el legislador se ha referido a ello³³, no hay que

³² Mantienen la supresión del coste de intermediación los partidarios de la teoría de la interposición gestora en nuestro país, como Manrique y Rodríguez Poyo-Guerrero, Romero Candau, ya citados. También autores extranjeros como Verrucoli se refieren con este término a la Cooperativa: VERRUCOLI, P: “*La società cooperativa*”... cit, pág. 261 y ss. Bonfante y Bassi plantean la supresión del intermediario: BONFANTE, G: “*La legislazione cooperativa. Evoluzione e problemi*”. Quaderni di Giurisprudenza commerciale AG Giuffrè editore, Milano 1990, pág. 273 y ss: Según este autor, con el tiempo la Cooperativa ha tendido a desarrollarse imitando las formas capitalistas, intentando evitar la función de intermediario de la empresa y sus efectos, aunque se constriñe ella misma a la actividad de intermediación. También BUQUICCHIO, M: “*Disciplina costituzionale della cooperazione. Le cooperative edilizie*”. CEDAM, Padova 1990, pág. 49 a 53.

En Francia aluden al tema, en relación con el Estatuto de la cooperación que lo dice expresamente, Planiol y Ripert, Gourelay, y otros. PLANIOL, M y RIPERT, G: “*Traité de Droit Civil Français*”. Tomo XI, contrats civils. LGDJ, Paris 1954, pág. 260-262. se muestran a favor de considerar a las Cooperativas como entidades que “tienen por objeto esencial reducir, en beneficio de sus miembros, y por el esfuerzo común de éstos, el precio de fábrica o venta de ciertos productos o servicios, asumiendo las funciones de empresarios o intermediarios cuya remuneración agravaría el precio... considerándolas civiles o mercantiles en función del objeto”, y ello se deduce del artículo 1º del Estatuto de la Cooperación.

olvidar que la Cooperativa como persona jurídica tiene sus propios órganos y sus procesos de toma de decisión sobre las cuestiones que afectan a los socios, en concreto sobre las viviendas, lo que excluiría su calificación como simple mensajero, inclinándonos hacia la consideración de representante. Además, la Cooperativa es considerada receptora o dueña de la obra, que no de las viviendas, y goza de legitimación activa o pasiva respecto de los intereses que afectan a las viviendas cooperativas, lo que excluye su consideración como simple mensajero o transmisor de voluntades.

En cualquier caso es difícil manifestarse admitiendo o excluyendo esta hipótesis, mostrándonos a favor o en contra de la representación, puesto que las diferencias entre las dos figuras son borrosas. Así lo expone DIEZ PICAZO³⁴ al cuestionar la distinción entre ambas figuras, con base en la nota de transmisión de la declaración, en el caso del nuncio, y de la intervención en la voluntad por el representante. La razón del

³³ En nuestro país – Reglamentos de 11-11-1943: “Artículo 1º. Es Sociedad Cooperativa la reunión de personas naturales o jurídicas que se obligan a aunar sus esfuerzos, con capital variable y sin ánimo de lucro, al objeto de lograr fines comunes de orden económico-social, sometiéndose expresamente a las disposiciones de la Ley. El lucro a que se refiere el artículo primero de la misma, es el calificado de mercantil, o sea, el que supone un beneficio exclusivo para la intermediación.” Y 13-8-1971: “Artículo 1º. Concepto. 1. Es Sociedad Cooperativa la reunión voluntaria de personas naturales o jurídicas que se obligan a aunar sus esfuerzos, con capital variable y sin ánimo de lucro, al objeto de lograr fines comunes de orden económico-social, sometiéndose expresamente a la Ley de Cooperación. 2. El lucro a que se refiere el artículo primero es el que supone un beneficio exclusivo para la intermediación.”

En otros ordenamientos jurídicos como el francés – artículo 1 del Estatuto General de la Cooperación: Ley 47-1775 de 10-9-1947 “las Cooperativas son sociedades cuya finalidad prioritaria consiste en: 1º. Reducir, en beneficio de sus miembros y mediante el esfuerzo común de éstos, el precio de coste y, en su caso, el precio de venta de determinados productos o servicios, asumiendo la función de los contratistas o intermediarios cuya remuneración gravaría los costes.. 2º. Mejorar la calidad comercial de los productos suministrados a sus miembros y de los productos despachados por éstos últimos destinados a los consumidores. 3º. Y en general contribuir a la satisfacción de necesidades y a la promoción de las actividades económicas y sociales de sus miembros, así como a su formación. Las Cooperativas podrán ejercer su actividad en todas las ramas de la actividad humana.” MONTOLÍO, JM: “Legislación cooperativa en la Comunidad Europea”. INFES. Madrid 1993, pág. 877.

³⁴ DIEZ PICAZO, L: “La representación en derecho privado”. Civitas. Madrid 1979, pág. 53 a 56. MONTES PENADES, VI: “Derecho Civil. Parte general”. Redactado por CAPILLA, F; LÓPEZ, A; MONTES, VI.; ROCA, E; VALPUESTA, MR. Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pág. 576. RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ, J.L: “Elementos de Derecho Civil I”, redactado por LACRUZ, SANCHE, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS, revisado por Delgado. Vol. 3º. Dykinson, Madrid 1998, pág. 271 y ss, manifiesta que la distinción entre ambos sólo se da en casos extremos (sólo se conserva el título completo en las citas sucesivas del autor de ediciones antiguas, en el resto la cita es actual, referida a la edición de 1998).

SERNA MEROÑO, E: “Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales”, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, art. 1259, tomo XVII, vol. 1º-A. Edersa, Madrid 1993, pág. 482.

escepticismo respecto de la distinción entre nuncio y representante es que no hay diferencias teóricas sustanciales entre ambos, y no son excesivas las ventajas que se logran distinguiéndolos. Se destaca que, incluso, en caso de separación entre ambos conceptos se aplican al nuncio las normas de la representación, cuya situación jurídica es parecida aunque no se considere representante. Otros autores³⁵ distinguen ambas figuras, basándose en que el nuncio es un auxiliar, cooperador de hecho, que emite o recibe la declaración de voluntad, mientras que el representante interviene en la formación de la voluntad negocial.

Si se concluye a favor de la identidad entre el nuncio y el representante, la pretensión de averiguar cual de ellos sea la Cooperativa respecto del socio no tiene razón de ser. En el supuesto de admitir la distinción entre ambas figuras la Cooperativa no podría ser un simple nuncio de los socios, y ello porque no se limita a transmitir su voluntad, sino que es el sujeto encargado de formar y ejecutar la voluntad conjunta de todos los socios, para lo que se constituye como persona jurídica independiente, con facultades con relación a las viviendas como obra en conjunto. Aunque continuamente intentamos distinguir cada supuesto y circunstancia, esta situación no puede llevarse al último extremo, puesto que la constitución de la Cooperativa persigue la finalidad tanto de formación de voluntad de los socios como la actuación frente a terceros para el logro de su objeto social, por lo que no puede admitirse que la Cooperativa ejerza de mero transmisor instrumental entre la voluntad de los socios y la de los terceros.

³⁵ ALBALADEJO, M: "Derecho Civil I". Vol. 2º, Bosch, Barcelona 1996, pág. 370. PUIG FERRIOL, I, en PUIG BRUTAU, J: "Fundamentos de Derecho Civil". Tomo I, vol. I, Bosch, Barcelona 1979, pág. 924. PUIG FERRIOL, I, en "PUIG FERRIOL, I; GETE-ALONSO, MC; GIL RODRÍGUEZ, J; HUALDE SÁNCHEZ, JJ: "Manual de Derecho Civil II". Marcial Pons, Madrid 1998, pág. 675. PUIG BRUTAU, J: "Compendio de Derecho Civil". Vol. I, Bosch, Barcelona 1987, pág. 353. O' CALLAGHAN, X: "Compendio de Derecho Civil". Tomo I, Edersa, Madrid 1997, pág. 517. CASTÁN TOBEÑAS, J: "Derecho Civil Español, común y foral". Tomo I, vol. 2º, Reus, Madrid 1987, pág. 855.

1.4. Mediación.

En relación directa con el contrato de mandato, como figura atípica, se sitúa el **contrato de mediación** o corretaje, contrato innominado sui generis que se caracteriza³⁶ por la actuación del intermediario o mediador dirigida a poner en relación a los futuros contratantes, sin intervención en los contratos que se celebren, dependiendo su retribución, no de la actividad de mediación realizada, sino de la celebración o consumación del contrato perseguido por la mediación. La actividad del mediador no es propiamente jurídica sino material, no interviene en los contratos celebrados con terceros aunque no es un nuncio. El desarrollo teórico y práctico de la mediación es objeto de la doctrina mercantil, puesto que su carácter, generalmente, es mercantil, en base a la naturaleza de los contratos que el mediador facilita o promueve. Aplicada al supuesto que analizamos la mediación consistiría en la celebración de un contrato entre la Cooperativa y el socio para la búsqueda y puesta en conexión con terceros, sin intervenir el mediador en la celebración de los contratos. La mediación es un contrato que precisa la existencia de sujetos diferentes con intereses diversos, lo que no puede afirmarse respecto de la Cooperativa y el socio, estando formada la primera por la conjunción de intereses de éstos.

El supuesto analizado, la relación entre la Cooperativa y el socio, no persigue necesariamente la realización de contratos mercantiles con terceros, lo que excluye la mediación mercantil y nos sitúa en el ámbito civil. La Cooperativa de viviendas no podría, en ningún caso, ser mediador, porque interviene en la celebración de los contratos con terceros como representante de los socios y no se limita a una actividad

³⁶ DIEZ PICAZO y GULLÓN: "Sistema de Derecho civil". Vol. II. Tecnos, Madrid 1997, pág. 479. CAPILLA RONCERO, F. en: "Derecho Civil. Obligaciones y contratos". Redactado por BLASCO, F. CAPILLA, LÓPEZ, A.; MONTES, VL. PRATS, I.; ORDUÑA, J. ROCA, E.; VALPUESTA, MR. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 770. CASTÁN TOBEÑAS, J. "Derecho Civil Español común y foral", tomo IV. Reus, Madrid 1993. PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos de Derecho Civil". Tomo II. Vol II. Bosch, Barcelona 1982.

material de intermediación. La Cooperativa, como asociación de personas que promueve la construcción de la vivienda, interviene en los contratos celebrados, por cuenta de los socios frente a terceros, ya en el de compraventa o permuta del solar, en el de obra celebrado con el constructor, como en el de servicios con la empresa gestora, arquitectos... y en general en todos los necesarios para la consecución de las viviendas.

Por tanto, quedan excluidos de la actividad de la Cooperativa con los socios los supuestos de actuación de hecho, material y no jurídica, tanto el caso del nuncio como la mediación. Volvemos, por ello, a los supuestos de cooperación jurídica. Previamente al análisis de la representación y sus diversas clases o posibilidades deben tenerse en cuenta algunos supuestos cercanos, como posibilidades en las que puede subsumirse la actuación de la Cooperativa respecto de los socios. El análisis es admisible al margen de la vigencia de la LC actual o de la LGC de 1987.

1.5. Gestión de negocios ajenos.

La relación entre la Cooperativa y el socio podría equipararse a una gestión de los negocios del socio, sin que haya entre ambos una relación contractual ni de representación al margen de la puramente asociativa.

Vamos a analizar si los requisitos de la gestión de negocios ajenos sin mandato pueden afirmarse o no respecto de la relación de la Cooperativa con el socio³⁷, y aunque avanzamos que es cierto que no hay un mandato entre ambos, la Cooperativa se ocupa de los asuntos de los socios relativos a la vivienda por iniciativa y voluntad de éstos:

³⁷ Resumidamente se recogen los que ofrece SANTOS BRIZ, J. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*; dirigidos por M. ALBALADEJO, art. 1887 y ss, tomo XXIV, Edersa, Madrid 1984, pág. 45 y ss.

1. El gestor no está obligado a obrar en provecho de otro y actúa espontáneamente. No existe gestión si la obligación viene impuesta por la Ley o por un negocio jurídico³⁸. Además debe existir un desinterés, ya que el gestor no actúa en su propio interés patrimonial³⁹.

En la relación entre la Cooperativa y el socio, aquella sí está obligada a obrar en provecho de los socios, actuando por cuenta de éstos. La Cooperativa viene obligada por el propio negocio de constitución de la misma suscrito por todos los socios, por lo que la iniciativa es de los socios, voluntaria, negocio que da lugar, si la Cooperativa obtiene la personalidad jurídica, a la gestión determinada por la Ley. No puede afirmarse de forma absoluta la ausencia de interés en la Cooperativa, y ello porque, pese a tener personalidad jurídica independiente, está formada por los socios, ostenta un interés que no es independiente del de los socios, sino la suma de sus pretensiones.

2. El gestor debe tener intención y voluntad de administrar los intereses ajenos. No es preciso que el dueño del negocio esté ausente.

La Cooperativa no administra los intereses ajenos, porque no existe una ajenidad absoluta entre dichos intereses, que son de la Cooperativa; la intención y voluntad corresponde en último caso al socio que está presente y contribuye a formar las decisiones cooperativas- aunque en muchos casos se delega esta actividad en una empresa gestora-.

3. El asunto es de otro. El negocio gestionado debe ser ajeno respecto del gestor.

³⁸ ALBALADEJO, M: "Derecho Civil II". Vol. 2º. Bosch, Barcelona 1997, pág. 463.

³⁹ El interés del principal debe prevalecer, pero no se impide que pueda concurrir un interés del gestor. DIEZ, PICAZO y GULLÓN: "Sistema de Derecho civil". Vol. II... *cit.* pág. 567.

Como se ha dicho con relación al requisito de la intención y voluntad, no hay absoluta ajenidad de la Cooperativa respecto a la construcción y promoción de viviendas, y ello porque aquélla está formada por los socios, dueños del interés afectado.

4. Debe producirse una utilidad objetiva en la gestión, con la pretensión de alcanzar un resultado favorable al ser iniciada. Suele existir una urgencia, que exige actuar en orden a la conservación o administración del patrimonio; incluso en algunos casos se trata de evitar un perjuicio inminente y manifiesto, aunque no resulte provecho.

La utilidad respecto del socio se cumple en el supuesto cooperativo, aunque no exactamente como se entiende en el supuesto de la gestión de negocios ajenos porque no se trata de una situación urgente.

5. No puede existir una prohibición del dueño del negocio acerca de la administración por el gestor. Este requisito no es aplicable al supuesto cooperativo en el que el socio está conforme y de acuerdo con la gestión y representación de su interés.

6. La gestión debe ser lícita y no puede realizarse respecto de asuntos personalísimos. Los asuntos pueden ser uno o varios, quedando el gestor obligado a realizarla y conducirla a buen fin. La posible gestión de la construcción de las viviendas de los socios por la Cooperativa es lícita, quedando ésta obligada a actuar diligentemente.

7. El negocio objeto de la gestión debe encontrarse abandonado⁴⁰. Este no es el caso de las Cooperativas de viviendas.

8. La gestión debe realizarse sin ánimo de lucro, pero sin intención de hacer una donación⁴¹. Las Cooperativas de viviendas responden a esta idea.

⁴⁰ Según ALBALADEJO, la jurisprudencia añade que el asunto debe estar abandonado por su dueño, requisito que de exigirse no sería aplicable a las Cooperativas. ALBALADEJO, M: "Derecho Civil II". Vol. 2... *cit*, pág. 462. DIEZ PICAZO y GULLÓN: "Sistema de Derecho civil". Vol. II... *cit*, pág. 567.

Por todo ello, la gestión de negocios ajenos⁴², como acto jurídico voluntario, espontáneo y unilateral, no es aplicable al supuesto cooperativo –independientemente de su regulación, común, o autonómica- en el que hay voluntad e iniciativa del socio, que opta y elige su ingreso en la Cooperativa, excluyendo la unilateralidad del gestor. Además, los intereses no son absolutamente ajenos puesto que la Cooperativa está formada por los socios y existe un vínculo entre ambos. Una vez producido el ingreso del socio en la Cooperativa, la conducta de la Cooperativa respecto de la vivienda del socio no es voluntaria sino obligatoria en virtud del propio contrato de constitución de la misma, sus Estatutos y las normas legales aplicables. Además, el socio, conforme con la actuación de la Cooperativa por cuenta ajena, ingresa en ella por esta razón; no abandona sus asuntos y otorga poder de actuación en la promoción y construcción de viviendas, lo que no ocurre en la gestión de negocios ajenos sin mandato en que no existe representación, no existe poder⁴³.

Puede existir confusión respecto de los momentos iniciales de vida cooperativa, que podrían ser considerados como gestión de negocios ajenos. Inicialmente, durante el período de Cooperativa en formación no inscrita en el Registro y a la que no pertenecen todavía todos los socios, los promotores actúan por cuenta de ésta en cuestiones previas a la construcción de las viviendas como son adquisición del solar, contratación con arquitectos, constructor, e incluso entidades financieras. En ese momento podría decirse

⁴¹ PUIG BRUTAU, J. “Compendio de Derecho Civil”. Vol. II. Bosch, Barcelona 1994, pág. 598.

⁴² “Hay gestión de negocios ajenos, cuando una persona (gestor) se encarga de un asunto de otra (dueño del negocio) en interés de ésta y lícitamente, pero sin obligación de hacerlo, y sin que el interesado ni se oponga ni le haya dado poder para ello”. ALBALADEJO, M: “Derecho Civil II”. Vol. 2º... *cit*, pág. 462. LEÓN ALONSO, JR: “Comentarios al Código Civil...”... *cit*, art. 1709 a 1738, pág. 39; Considera este autor que hay gestión de negocios, para diferenciarla del mandato, cuando no existe vínculo contractual, actuando el gestor por voluntad propia de forma espontánea, asumiendo el riesgo y la obligación de acabar lo empezado. Es fundamental el origen de actuar útil y diligentemente, frente a la voluntad contractual del mandato.

⁴³ ALBALADEJO, M: “Derecho Civil II”. Vol. 2º... *cit*, pág. 463. Recoge este autor la opinión de la jurisprudencia que afirma la carencia de poder, puesto que habiéndolo no hay gestión de negocios.

que la actuación de los promotores es similar a la gestión de negocios ajenos, que posteriormente ratifican los socios. Sin embargo, no hay que olvidar que este período es el de Cooperativa en formación, regulado en la LC en los artículos 9 y 10⁴⁴ -LGC, art. 10⁴⁵, como etapa precooperativa específica, al igual que ocurre respecto de las sociedades en la legislación correspondiente, por lo que no es necesario acudir a la gestión de negocios ajenos, que no es la figura aplicable. Además las funciones “de constitución” suelen ser realizadas por la empresa gestora encargada de la administración, lo que modifica parcialmente la situación y nos obliga a analizar especialmente la actuación de la gestora en este período, como haremos más adelante.

1.6. Contrato a favor de tercero.

1.6.1. Introducción. El contrato a favor de tercero en general.

Esta figura se entiende como un posible pacto contractual, recogido en el art. 1257.2⁴⁶ del CC, distinto de la representación⁴⁷, que se celebra entre el estipulante y el promitente

⁴⁴ Regulada en el art. 9, no hace referencia a las actividades de los gestores como el art. 10 de la LGC (todas las actividades necesarias para la constitución) sino a los actos o contratos celebrados antes de la inscripción; ni tampoco al plazo de un año a partir del cual, en ausencia de inscripción los bienes aportados quedan afectos a los actos, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de los que actuaron. Su redacción era muy parecida en el Proyecto inicial. En el artículo siguiente, el 10.2, se contemplan plazos y circunstancias de la constitución y registro, un mes desde el otorgamiento de la escritura; a partir de seis meses se requiere ratificación de ésta, y a partir de doce meses el Registro puede denegar la inscripción con carácter definitivo.

⁴⁵ “Art. 10. La Sociedad Cooperativa en constitución. 1. Los gestores actuarán en nombre de la futura Sociedad y deberán realizar todas las actividades necesarias para su constitución, siendo de cuenta de la Sociedad los gastos devengados por dichas actuaciones. 2. Del cumplimiento de los actos y contratos celebrados en nombre de la proyectada Cooperativa antes de su inscripción responderán solidariamente quienes los hubieran celebrado. Los contratos serán asumidos por la Cooperativa después de su inscripción...”

⁴⁶ “Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada”

⁴⁷ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I: “Comentarios al Código Civil”, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, art. 1257.2”, tomo XVII, vol. 1ºA. Edersa, Madrid 1993, pág. 380 y ss. La autora expone la evolución del contrato en favor del tercero en la jurisprudencia, doctrina y legislación, así como la distinción entre ambas figuras, admitidas en nuestro derecho. Las funciones de ambas son distintas, como afirma en la pág. 383, puesto “El representante actúa en nombre del representado, quien está llamado a ocupar la posición de parte en el contrato que se celebre, quedando el representante fuera de la situación contractual. Mientras que en nuestro caso, el estipulante celebra un contrato en nombre e interés propio, del cual es parte y no deja de serlo por el hecho de querer atribuir ventaja a tercero, quien, a su vez, por el hecho de ser beneficiario, no es parte del contrato celebrado en su favor.”

PÉREZ CONESA, C: “El contrato a favor de tercero”. Comares, Granada 1999, pág. 14 y ss. distingue la autora este contrato de la representación directa e indirecta. Especialmente de esta última en base a: el conocimiento de la prestación a favor del tercero, que en la representación indirecta es desconocimiento; los efectos directos e

siendo ambos parte del contrato, que admiten un beneficio o derecho en favor de un tercero extraño al contrato (puede no existir todavía). La inicial interpretación del artículo 1257.2º del CC, estricta en cuanto a la extensión del derecho del tercero, se amplía a favor de la posibilidad de un contrato en el que la prestación del promitente quede destinada a su recepción por un tercero, según la opinión mayoritaria⁴⁸. En este caso, el único aspecto claro es que el tercero podrá exigir al promitente el cumplimiento de la estipulación, si hizo saber al promitente su aceptación⁴⁹ antes de la revocación - revocación que debe ser conjunta, de promitente y estipulante puesto que ambos asumen obligaciones recíprocas-. Parece que, en este supuesto, una vez puesta en conocimiento del promitente la aceptación del tercero, la relación entre ambos se regirá por las reglas generales del contrato que se trate.

La estipulación a favor de tercero no es un tipo contractual, sino un pacto que puede adaptarse a cualquier contrato⁵⁰, y la regulación aplicable será la del contrato en que se

iniciales sobre el tercero, que inicialmente no son tales en la representación indirecta, y la realidad de que el contrato a favor de tercero no es fruto de una gestión representativa.

⁴⁸ DIEZ PICAZO, L.: “*Comentarios al CC*”, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1993, Art. 1257, pág. 436. ALBALADEJO, M.: “*Derecho Civil II*”, Vol. 1º, Bosch, Barcelona 1997, pág. 449 y ss. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: “*Comentarios al CC*...”, Art. 1257.2... *cit.*, pág. 387. PÉREZ CONESA, C.: “*El contrato a favor de tercero*”... *cit.*

⁴⁹ Con relación a la naturaleza de la aceptación del tercero, y la adquisición por éste de su derecho, no hay unanimidad en la doctrina: DIEZ PICAZO se muestra contrario a considerar la aceptación del tercero como parte del contrato, como requisito de perfección o como “*conditio iuris*” de la adquisición por éste de su derecho; y ALBALADEJO se muestra a favor de considerar la aceptación como una “*conditio iuris*”, no una aceptación de la oferta de contrato, ni tampoco una ratificación, puesto que en estos dos últimos casos el tercero resultaría parte del contrato: “*conditio iuris*” que tiene como efecto el nacimiento, en base al contrato, del derecho del tercero a exigir el cumplimiento. Otros autores consideran que el tercero adquiere el derecho antes de su aceptación, por el simple contrato entre estipulante y promitente. DIEZ PICAZO, L.: “*Comentarios al CC*”, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1993, Art. 1257. ALBALADEJO GARCÍA, M.: “*Derecho Civil II*”, Vol. 1º... *cit.*, pág. 450: “La declaración de voluntad del tercero, ha de quedar al exterior del contrato, ya que si formase parte de él, juntamente con las declaraciones de los contratantes, el tercero dejaría de ser extraño (verdadero tercero) y se podría hablar de contrato con tres partes, pero no contrato con efectos respecto a tercero.”

⁵⁰ En 1993, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: “*Comentarios al CC*...”, *cit.*, art. 1257.2º, 407 y ss, desarrollaba también las citadas relaciones en términos similares. Mantiene esta autora que la relación causal también es llamada relación de valuta, y su razón puede ser de cualquier clase, basada en un interés que sea digno de tutela. La relación de cobertura puede ser un contrato de cualquier clase. Las relaciones entre promitente y tercero se rigen por las normas aplicables a los deudores y acreedores contractuales. VALPUESTA FERNÁNDEZ, MªR.: “*Derecho de Obligaciones y contratos*”... *cit.*, pág. 434.

PÉREZ CONESA, C.: “*El contrato a favor de tercero*”... *cit.*, pág. 132 y ss.

inserte el beneficio para el tercero, teniendo en cuenta las relaciones que se establecen entre todos los afectados. La estipulación en favor de tercero es un medio indirecto de atribuir a éste derechos, y obligaciones en su caso, con una sola operación o contrato, que surge por razones prácticas del tráfico jurídico⁵¹. En el contrato en favor de tercero el tercero no será parte en el contrato⁵². La designación del tercero puede ser previa, simultánea o sucesiva a la celebración del contrato.

1.6.2. Admisión de esta hipótesis en el supuesto cooperativo.

“A priori” parece difícil admitir esta figura respecto del supuesto cooperativo que estamos analizando porque el socio no parece ser un tercero extraño al contrato, sino parte del mismo, aunque él no contrate. Los efectos que se producen sobre el socio son principales, y no fruto de la eficacia refleja o de segundo grado, y surgen como finalidad del negocio jurídico, no como consecuencia de él⁵³. Tampoco éste es titular de un beneficio o derecho que le otorgan las partes, sean éstas Cooperativa y terceros, y por tanto no le sería aplicable esta figura. Se plantea el problema de que el socio, tercero, no

⁵¹ Diferente de éste es la promesa del hecho de un tercero, otra posibilidad manifestada por la doctrina. Es el contrato en el que una de las partes, promitente, se compromete con la otra a que un tercero le entregue una cosa o le haga un servicio, tercero que no queda obligado salvo que acepte. Entendiendo que sería tercero el constructor, promitente la Cooperativa y estipulante el socio (o los socios), por su especial relación y la ausencia de ajenidad entre ambos no sería fácil construir este tipo de contrato. El promitente asume una obligación de garantía respecto del riesgo de que el tercero (constructor y otros) no cumpla. La dificultad de aplicación se plantea porque cuando el tercero consiente, el promitente queda liberado de dicha obligación, respondiendo de la ejecución del contrato por el tercero; aunque desde que el promitente es sustituido por el tercero en el contrato celebrado con el estipulante (socio/s), es el tercero el que queda obligado.

No parece que pueda aplicarse al supuesto analizado por la desvinculación del promitente cuando acepta el tercero, además de no ser conveniente porque su desarrollo es todavía menor que el contrato a favor de tercero, y la regulación es inexistente.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I: “Comentarios al CC...”... cit, art. 1257.2º, pág. 379. VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª R en CAPILLA, F: “Derecho Civil. Obligaciones y contratos”... cit, pág. 432 y ss.

⁵² ALBALADEJO, M en cita 49. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I: “Comentarios al CC...”... cit, art. 1257.2º, pág. 358. “sólo cabe delimitar a los terceros de forma negativa: quien no es parte, quien no ha contratado por sí o por medio de representante ni es sucesor a título universal... la imputación a un sujeto de derecho de la regla de conducta surgida del contrato, esa imputación es a su vez, al menos en principio, consecuencia de una propia actuación consciente que el Ordenamiento valora en términos de declaración de voluntad”, también en pág. 392. PÉREZ CONESA, C: “El contrato a favor de tercero”... cit, pág. 10 y ss.

⁵³ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I: “Comentarios al CC...”... cit, art. 1257.2º, pág. 368.

podría exigir el cumplimiento u otros aspectos derivados de la relación entre la Cooperativa y terceros, tras su aceptación, aunque la primera actuara por cuenta ajena.

Pueden destacarse ventajas e inconvenientes en la admisión de esta figura.

1. Respecto a la característica básica del contrato a favor de tercero, “*que adquiere un derecho directamente, sin pasar por el patrimonio del estipulante y que puede hacerlo valer frente al promitente*”⁵⁴, hay que afirmar que en el supuesto cooperativo la vivienda se adquiere directamente por el socio. En este sentido podría entenderse que le es aplicable este pacto. Además puede ser ventajoso para el tercero –socio- la posibilidad de actuar como contraparte sin serlo. Con relación a la adquisición directa del derecho por el tercero, en las Cooperativas no se puede mantener la imposibilidad de que los acreedores del estipulante se dirijan contra lo adquirido por el socio⁵⁵, puesto que la Cooperativa actúa por cuenta de los socios, y los derechos y deberes contraídos por ella recaen sobre éstos.
2. Podría entenderse que la manifestación de voluntad del socio, admitiendo los efectos del contrato celebrado entre estipulante y promitente, es la aceptación de los mismos como tercero ajeno al contrato. En el caso cooperativo, puesto que el tercero no sólo recibe derechos sino también obligaciones respecto al promitente, sería obligatoria su aceptación, individual o conjunta con los demás socios, para asumir lo estipulado entre las partes del contrato, estipulante y promitente. Si admitimos que se trata de un contrato a favor de tercero es difícil resolver la circunstancia de la copropiedad temporal de los socios sobre la masa de gestión económica, y aquél nos sitúa ante los socios individualmente considerados.

⁵⁴ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: “Comentarios al CC...” cit, art. 1257.2”, pág. 394.

⁵⁵ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: “Comentarios al CC...” cit, art. 1257.2”, pág. 400.

3. La aplicación de esta modalidad plantea una duda acerca de lo que ocurrirá en caso de incumplimiento de contrato o la facultad de resolución del mismo, que sólo afectaría a promitente y estipulante⁵⁶ negándose en principio la intervención al tercero, excepto si en su favor se establecieron no sólo derechos, sino también obligaciones – en el caso cooperativo todos los asuntos relativos al cumplimiento o incumplimiento de lo contratado precisan intervención de la Cooperativa, excepto que se haya extinguido o que se trate de reclamación de vicios, en cuyo caso reclama el socio.-. El socio actúa por medio de un representante, la Cooperativa, y por ello se encuentra afectado por los derechos y obligaciones contraídas por la Cooperativa, aunque de forma indirecta, teniendo en cuenta además que también asume obligaciones.
4. Con relación a la posible revocación de la estipulación a favor de tercero el CC prevé que se haga antes de la aceptación de dicho tercero. En el caso cooperativo, algunas circunstancias como la expulsión del socio, que conlleva la pérdida del derecho a obtener la vivienda para el socio, sería una revocación parcial (nunca una resolución del contrato, que continuaría entre estipulante y promitente, respecto de otro tercero distinto) posterior a la aceptación del tercero por la que comienzan a producirse los efectos sobre éste. Puede admitirse que se trate de una revocación, si se considera que el socio permanece indeterminado respecto del promitente hasta el momento de transmisión efectiva de la propiedad de la vivienda.
5. Se afirma⁵⁷ que hay que tener en cuenta la intención de estipulante y promitente, explícita o no, y la diferencia existente entre que se quiera una estipulación en favor

⁵⁶ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: “Comentarios al CC...”, cit, art. 1257.2º, pág. 403.

⁵⁷ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: “Comentarios al CC...”, cit, art. 1257.2º, pág. 399.

de tercero, o que se trate de otorgarle una posición contractual en el contrato base⁵⁸.

En el caso cooperativo, quien contrata con terceros es la Cooperativa, y no los socios, pero la primera actúa por cuenta de éstos, y la posición de éstos es principal respecto de aquéllos.

6. Aunque en España no tiene reflejo, con relación a la condición de parte o no, algunos ordenamientos más que fomentar el contrato a favor de tercero lo que hacen es prestar atención a conjuntos contractuales, contratos conexos por razón de los sujetos o del objeto -como el supuesto cooperativo que analizamos-, en los que todos los intervinientes son considerados parte respecto a los demás, especialmente para solucionar el problema de las reclamaciones entre ellos⁵⁹.
7. El contrato a favor de tercero no está apenas regulado en nuestro ordenamiento jurídico, sólo reconocido en el art. 1257 del CC, y ello aumenta la inconveniencia de su admisión y aplicación al supuesto cooperativo analizado.

1.7. Negocio celebrado por persona a designar.

1.7.1. En general.

Es otra hipótesis que debe estudiarse respecto del supuesto cooperativo. Aunque manifestamos que no es deseable su admisión, por la dificultad de determinar los sujetos entre los que tiene lugar y por la ausencia de regulación legal de la figura en nuestro ordenamiento⁶⁰, sigue pareciendo una posibilidad factible, e incluso puede encontrarse

⁵⁸ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: "Comentarios al CC...", *cit.*, art. 1257.2", pág. 386. En el último supuesto, si se le quiere otorgar una posición de parte al tercero en el contrato base, podría tratarse de un contrato a favor de persona a designar, o de una cesión de contrato, y no de un contrato a favor de tercero.

⁵⁹ DIEZ PICAZO, L.: "Sistema de Derecho Civil". Vol. I., *cit.*, pág. 488. LUNA SERRANO en LACRUZ, J.L.: "Elementos de Derecho Civil I". Redactado por LACRUZ, LUNA y RIVERO. Vol. 3°. Bosch, Barcelona 1990, pág. 259. También en edición 1998, pág. 235; LUNA SERRANO en LACRUZ, J.L.: "Elementos de Derecho Civil I", redactado por LACRUZ, SANCHEZ, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS, revisado por Delgado. Vol. 3°. Dykinson, Madrid 1998.

⁶⁰ No está regulada en el CC, pero sí en el art. 1499 de la LEC en relación a la subasta pública: Plantea este artículo entre otras cosas, la facultad otorgada por la Ley al rematante de ceder el remate a un tercero.

ligada a la representación del socio por la Cooperativa, si ésta es admitida y aplicada al supuesto cooperativo. Según ALBALADEJO⁶¹ no se trata de un supuesto de representación, sino de una cesión en la posición contractual. Se produce un único contrato, perfecto desde su celebración. Así al menos lo entiende la doctrina, desde la crítica de DE CASTRO⁶² a ENRIETTI⁶³ en relación a la obra de éste; y puede establecerse respecto de cualquier tipo contractual que permita la sustitución (compraventa, arrendamiento...). La elección del tercero, que consiente, debe comunicarse al promitente, en cualquier caso antes del cumplimiento. El estipulante deja de ser parte, sustituido por el tercero que asume la posición contractual que tenía el primero⁶⁴.

La posible admisión de un contrato para persona a designar provocaría problemas de normativa a aplicar, que sólo podría suplirse con las construcciones doctrinales que sea han establecido al respecto, en relación con la regulación de otros países de nuestro entorno. Ello, no obstante, según las últimas opiniones aportadas por DIEZ PICAZO, respecto de la finalidad y naturaleza jurídica de este contrato para persona a designar, las normas aplicables serían las relativas a la representación, puesto que se trataría de un supuesto representativo, o mediación. Según lo anterior, la admisión del contrato para persona a designar, que puede producirse en algún caso, no modifica las relaciones jurídicas entre las partes, tal y como serían en el caso de admitir la representación. DIEZ PICAZO, L: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Tomo I. Civitas, Madrid 1996, pág. 442 a 445. Otros autores se muestran favorables a aplicar las normas de la representación a este supuesto de contrato a favor de persona a designar. MONTÉS PENADES, VL: "Derecho Civil. Parte general"... *cit.*, pág. 593: "*La figura se aproxima, en la práctica, a un negocio celebrado mediante representante por un representado que se designará más tarde. Se daría en el caso una variante de contemplatio domini, y deberíamos aplicar, al menos por analogía, las normas de la representación*", aunque es un contrato en que la persona actúa a título personal y no como representante. También en este sentido RIVERO HERNÁNDEZ, F en LACRUZ, J.L: "Elementos de Derecho Civil I". Vol. 3"... *cit.*, pág. 319.

⁶¹ ALBALADEJO, M: "Derecho Civil I". Vol. 2"... *cit.*, pág. 420: Se trata de un "*negocio no representativo en el que una parte se reserva el derecho a ceder su posición contractual. Y no es un negocio representativo que la otra parte celebra ya, mediante el representante, con una persona que se designará después*". Aunque el Tribunal Supremo en ocasiones lo considere contrato a favor de tercero, no parece que la doctrina opine igual. ALBALADEJO GARCÍA, M: "Derecho Civil II". Vol. 1... *cit.*, pág. 430.

⁶² DE CASTRO, F: crítica al citado autor en "Notas críticas. Contrato por persona a designar" ADC, Madrid 1952, pág. 1368 y ss. Aboga, con gran autoridad, por la unidad del contrato, que no siempre responderá a una representación, puesto que puede existir o no un afán o deseo de ocultación. Plantea la importancia de las relaciones internas existentes entre las tres partes que intervienen, puesto que de ellas dependerá que los sujetos acepten entrar a formar parte de dicha relación (por ejemplo, al promitente no le interesaría aceptar a un tercero no designado que puede no responder de lo convenido con el estipulante).

⁶³ Enrietti, en "*Il contratto per persona da nominare*", Torino 1950, planteó la posibilidad de que nos encontráramos ante dos negocios, el de estipulante con promitente, y el de promitente con el tercero designado. El primero sometido a la condición resolutoria de la designación del tercero, y el segundo con persona incierta. Además, añadía este autor que este contrato siempre se concluía por medio de representante (estipulante respecto del designado frente al promitente).

⁶⁴ VALLET DE GOYTISOLO, J: "*Contrato de compraventa a favor de persona a designar*". AAMN, Reus, Madrid 1954, pág. 566. Recoge este autor la opinión de Enrietti, y la crítica de De castro, manifestándose a favor

Respecto a la figura en concreto, DIEZ PICAZO⁶⁵ ha analizado, especialmente, su relación con la representación. De tal forma, afirma que, en los supuestos de “actuación notoriamente representativa”, en los que hay constancia y voluntad de representación por las partes, pero no se identifica al principal, deben distinguirse dos casos, en función de sobre quien se produzcan los efectos.

Si los efectos se producen sobre el representado y no sobre el que actúa frente a terceros, generalmente se tratará de una representación. La relación se produce entre el representado y el tercero, aunque éste no conozca quien es el principal con quien contrata. En cualquier momento el tercero puede pedir la identificación del principal, y si el representante no la facilita el contrato celebrado con el tercero será ineficaz, con la consiguiente responsabilidad del representante.

Si los efectos se producen sobre el que actúa con el tercero, nos encontraremos probablemente ante un contrato para persona a designar. En este contrato el obligado es el estipulante, que tiene la facultad de designar a otra persona, aunque si no lo hace los efectos jurídicos se producen sobre él.

de lo afirmado por éste último. Con relación a la sustitución del estipulante por el tercero designado por él frente al promitente, sería deseable aceptar, para su aplicación al supuesto cooperativo, los requisitos que VALLET consideró básicos para que el estipulante se libere respecto del promitente : 1. Elección del tercero 2. Aceptación del elegido 3. Exacto cumplimiento de las obligaciones contraídas frente al promitente (en este caso el estipulante responde como un fiador solidario). La razón es que el promitente difícilmente contrataría sin conocer al socio que se designará, si no estuviese seguro de que el estipulante responde. Respecto a las relaciones internas VALLET recuerda su importancia, y mantiene que pueden responder a distintas posibilidades : poder, mandato, gestión de negocios, negocio fiduciario, o una promesa de contrato. Desde el punto de vista de la transmisión de la propiedad, en el contrato de compraventa (nuestro caso sería arrendamiento de obra, compra, permuta y otros... según el tercero) VALLET afirma que habrá una sola, del promitente a la persona designada por el estipulante en el momento de otorgarse al escritura pública de compraventa con valor de tradición. El estipulante no adquirirá nada si “*subroga a otra persona en su posición jurídica en el contrato antes que éste haya engendrado por la tradición - real, fingida o escrituraria - la transmisión de la cosa vendida*” y, además, estima que si las partes, estipulante y promitente, hubiesen querido dar eficacia frente al tercero al convenio inicial entre ellas, hubiesen utilizado otras figuras jurídicas (por ejemplo, el derecho de opción).

⁶⁵ DIEZ PICAZO, I.: “La representación en derecho privado”... cit, pág. 248 y ss.

Son caracteres esenciales del contrato para persona a designar, según DIEZ PICAZO⁶⁶: la vinculación del estipulante con el tercero, la facultad, no obligación, de designación de otra persona por el estipulante, pudiendo tener este contrato una función representativa o no. Este mismo autor se refiere a las dos posibles finalidades del contrato para persona a designar, de gestión respecto a los asuntos del tercero al que representa y de mediación o actuación por cuenta propia. El supuesto cooperativo podría identificarse con el contrato para persona a designar con finalidad de gestión⁶⁷.

Con relación a la naturaleza jurídica del contrato para persona a designar DIEZ PICAZO distingue varias posibilidades: dos contratos sometidos a condición suspensiva y resolutoria, un contrato sometido a una representación extraordinaria y un contrato con contratantes alternativamente determinados en varias fases. Respecto de éstas se manifiesta en contra de la primera porque realmente hay un único contrato y no dos, y de la segunda también, puesto que la hipótesis de representación sólo sirve para los casos de relación de gestión pero no cuando la persona actúa por cuenta e interés propio. La última posibilidad, contratantes alternativos, es la que considera admisible como expresión de la naturaleza jurídica del contrato para persona a designar⁶⁸. En cualquier caso, se muestra a favor de que se tenga en cuenta la relación entre el estipulante y el

⁶⁶ DIEZ PICAZO, L: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Tomo I... *cit.*, pág. 442 a 445. También VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^{ra} R: "Derecho de obligaciones" ... *cit.*, pág. 437.

⁶⁷ DIEZ PICAZO, L: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Tomo I... *cit.*, pág. 444: *"Se trata de un fenómeno representativo en que el representante actúa mediante una representación que se mantiene oculta o encubierta en la primera fase de la contratación... El estipulante es, inicialmente, parte en el contrato y queda directamente vinculado por la relación contractual, hasta que se haga regular y eficazmente la electio o definitiva designación del tercero. Si la electio no se hace o no es regular, el estipulante queda como definitivo estipulante y como definitivo obligado. Por el contrario, si la designación del tercero se hace regular y eficazmente, se entenderá que el designado ha sido el único contratante y el estipulante quedará desligado de la relación jurídica y desaparecerá de la escena como si nunca hubiera estipulado"*

⁶⁸ DIEZ PICAZO, L: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Tomo I... *cit.*, pág. 444: *"Se trata de "un contrato con dos contratantes alternativamente determinados, que produce un iter contractual con dos fases distintas: la anterior a la electio, en que el obligado contractualmente es el estipulante, y la posterior a la electio, en que el obligado es el tercero designado si la designación se ha hecho regular y eficazmente o continúa siéndolo el propio estipulante si la electio no se ha producido o ha sido irregular"*

tercero designado respecto del contrato celebrado con el promitente, citando en su caso la posibilidad de que ésta sea representativa, como sería el caso cooperativo. Además, la elección del tercero precisa, para su eficacia, la aceptación de éste o la existencia de un anterior poder de representación a favor del estipulante.

1.7.2. Aplicación al caso cooperativo.

Aplicando la argumentación anterior al caso cooperativo nos encontraríamos ante una parte, la Cooperativa, que se reserva el derecho de ceder a quien quiera, socio, su posición contractual. Si en el plazo correspondiente la Cooperativa no notifica quien es esa persona, ella misma será parte frente a terceros, pero si notifica quien es el socio, será parte éste, ocupando retroactivamente el puesto en el negocio. La calificación del supuesto cooperativo como contrato para persona a designar con finalidad representativa no aportaría nada nuevo con relación al contenido del contrato, sujetos, objeto, derechos y deberes... Puede ser útil la distinción de dos fases en las que el obligado contractualmente es, sucesivamente, el estipulante o el tercero, que es perfectamente admisible en el supuesto de Cooperativas de viviendas, aunque en ellas la Cooperativa permanezca vinculada siempre con los terceros.

Admitiendo que el contrato para persona a designar puede tener la finalidad de gestión, podría entenderse, en perjuicio de la calificación de representación, que el supuesto de Cooperativas de viviendas cumple las notas anteriores: vinculación de la Cooperativa con los terceros, facultad de designar a los socios, con una función representativa de los mismos. Sin embargo parece forzado considerar que los efectos jurídicos se producen sobre la Cooperativa, vinculada si no designa a los socios, siendo por ello facultativa la designación. La realidad práctica y la finalidad económica buscada por las Cooperativas de viviendas no es ésta. Los supuestos prácticos más frecuentes se caracterizan por una

producción de efectos jurídicos sobre el socio, vinculando a éste con relación al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la vivienda -y ello, aunque inicialmente no se informe ni se tenga en cuenta frente a terceros la identidad de cada socio individual-, sin sustituir a la Cooperativa, que tiene su función. No es lógico, ni deseable, que la ausencia de concreción deje a la Cooperativa al frente. Ello se ve claramente en la obligación de que la expulsión – aunque el art. 89.5 de la LC se olvide de la expulsión, se entiende aplicable a ésta- o baja de un socio conlleve la inclusión de uno nuevo, aspirante o no, en la posición de socio. Tampoco es posible que la incorporación de los socios en la relación con los terceros excluya en adelante a la Cooperativa. Podría ser ventajosa la aplicación del contrato a favor de persona a designar al supuesto cooperativo si se admitiera, como requisito de éste, que el estipulante responde del cumplimiento por el tercero que designa, aunque se haya desvinculado de la relación con el promitente. La existencia de una única transmisión en favor de la persona designada responde a la práctica cooperativa del supuesto que estamos analizando, puesto que el socio se convierte en el primer adquirente de la vivienda construida.

Una de las circunstancias que menos favorecen la aplicación de este contrato celebrado por persona a designar es la ausencia de regulación de Derecho común sobre el mismo (la Compilación navarra⁶⁹ lo admite de forma expresa), con un desarrollo principalmente doctrinal. Además, en los casos de gestión se acude a la representación, por lo cual es más práctico acudir directamente a ella.

⁶⁹ La denominación que utiliza es: contrato con facultad de subrogación en la Ley 514 “Puede concertarse un contrato con facultad, para cualquiera de las partes, de designar posteriormente la persona que deba subrogarse en sus derechos y obligaciones. El otro contratante, en cualquier momento, podrá requerir a quien esté facultado para que haga la designación dentro del plazo máximo de año y día, a contar del requerimiento, a no ser que en el contrato, o por Ley, se hubiere establecido otro término. La declaración que designe la persona deberá notificarse a la otra dentro del plazo. Hecha la notificación, la persona designada se subroga en los derechos y asume las obligaciones de la parte que él designó, con efecto desde el momento de la celebración del contrato. Si dentro del plazo no se notificare la designación de persona, el contrato producirá todos los efectos entre las partes que lo celebraron.” Leyes civiles forales. BOE, 1990.

Si existen vacantes sin cubrir en el momento de entrega y transmisión de la propiedad de las viviendas, es la Cooperativa la que adquiere éstas, al igual que ocurre con los locales por lo que, en estos casos, podríamos encontrarnos ante un contrato para persona a designar. La Cooperativa lo asume en representación de los socios o puede buscar un tercero que adquiriera las viviendas vacantes como socio y le sustituya en los derechos y obligaciones. Este supuesto es de escasa probabilidad en la práctica, pues la propia regulación cooperativa prevé que en los casos de baja y expulsión de socios, éstos sean sustituidos por otros. La escasa probabilidad de que se produzcan estas vacantes, que podrían identificarse con un contrato para persona a designar, nos lleva a rechazarlo como hipótesis general, sin perjuicio de su admisión en algún supuesto.

1.8. Negocio fiduciario basado en la confianza.

1.8.1. Introducción. Concepción actual del negocio fiduciario.

Otra posibilidad sería considerar que las relaciones entre la Cooperativa y el socio responden a una fiducia basada en la confianza. Algunos autores⁷⁰ ya manifestaron la dificultad que ofrecía la inserción de este tipo de fiducia en el derecho contractual, frente al derecho sucesorio que sí la incluye, y plantean el problema del art. 2.3 de la Ley Hipotecaria, al posibilitar la inscripción a favor del fiduciario, sin que exista una protección registral idéntica para el fiduciante.

⁷⁰ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M.: “Nota sobre la fiducia de garantía”. “Bocetos jurídicos”, AAMN, Reus, Madrid 1959, pág. 370. “La fiducia, con tal nombre, ha sido un acto jurídico perdido para el Derecho contractual... Sus finalidades de garantía se absorbieron por otros contratos... Desde luego, la fiducia cum amico no se ha pensado en resucitar. Pero no así la fiducia en función de garantía, cuyo recuerdo se ha avivado en estos últimos tiempos. Las ventajas de colocar el poder de disposición y de garantía, bien para facilitar una liquidación, bien para sustraer a las responsabilidades genéricas de un patrimonio determinados bienes, bien para asegurar el desarrollo de operaciones no susceptibles, por su estado embrionario, de concretarse en hipoteca, ha hecho pensar en volver a poner en juego la fiducia romana... Como los términos del art. 2º de la Ley Hipotecaria no concretan a qué especie jurídica se refieren y son lo suficientemente amplios de dicción para que pueda cobijarse en ellos la fiducia de garantía, por eso se habla de cobertura legal... Lo que sucede es que queda fuera de ella protección registral el contenido de la fiducia estricta, o sea, se permite la inscripción a favor del fiduciario y su titularidad queda protegida frente a tercero por la inscripción, pero al mismo tiempo queda protegida contra el transmitente mismo, o sea, que el cumplimiento o incumplimiento del fin fiduciario, salvo que se eleve a condición, no queda garantizado registralmente, sino que vive fuera de la inscripción.”

Aunque el estudio doctrinal de esta figura, inicialmente, consideraba válida la llamada teoría del doble efecto, real y obligacional, posteriormente ésta fue abandonada por parte de la doctrina, y recibida en nuestro ordenamiento jurídico⁷¹ con otra interpretación.

⁷¹ JERÓNIMO GONZÁLEZ. "El titular", en Rev. Crit. D. Inmobiliario 1928, en concreto el capítulo IV "El fiduciario", pág. 285 a 291, publicada y continuada en los "Estudios de Derecho hipotecario y derecho civil". Tomo I, Ministerio de justicia. Madrid 1948, pág. 473 a 479.

En la primera publicación, pág. 285 y ss, **estudia este autor los posibles orígenes de la figura**. Rechaza la fiducia romana como fuente, puesto que su nacimiento fue ligado a otras figuras jurídicas como la "mancipatio e in iure cessio". Parte del concepto de fiduciario del derecho germánico en su visión inicial del fiduciario o "treuhänder" aplicada a las transmisiones mortis causa. Con relación al derecho germánico, griego, anglosajón y suizo los supuestos que se plantean no son asimilables al caso cooperativo referido, puesto que se parte de una transmisión del fiduciante al fiduciario, limitada en función de los fines de la relación, sin intervención de un tercero. Si se aproxima al supuesto estudiado el caso francés del "prête-nom", pág. 288, respecto del cual afirma que "*es una persona interpuesta (fiduciario o fideicomisario), que, bajo las apariencias de propietario, obra por mandato oculto y celebra con los terceros contratos de venta o cesión, en propio nombre. Aunque el negocio sea en realidad simulado, el nombramiento de un "prête-nom" (testaferro), que actúe con un título aparente y en interés del mandante, es válido si no tienen por objeto perjudicar a un tercero. En las relaciones con su principal; el "prête-nom" asume el papel de mandatario, obligado por una contraletra ("contrelettre"), y frente a tercero aparece como verdadero comprador o cesionario de acciones, obligaciones, etc. La contraletra es un acto o documento secreto que anula o modifica, total o parcialmente, los efectos de una escritura pública y obliga regularmente a las partes (no a los terceros). Cuando el mandante ha transferido auténticamente la cosa a su "prête-nom", importa poco que las personas con quienes éste haya contratado en propio nombre sepan o no la intimidad de sus relaciones; esta particularidad no ejerce ninguna influencia sobre los derechos y obligaciones "bona fide" nacidos sin necesidad del concurso del mandante, que permanece extraño al nuevo negocio y no puede prevalecerse de él, ni ser demandado por su contenido.*" En el supuesto cooperativo, la relación entre el fiduciario y el fiduciante es inversa a la del "prête-nom", puesto que el fiduciario se encarga, frente al tercero, de la gestión de la compra de viviendas para el mandante, no de su venta o cesión a dicho tercero.

En la segunda publicación, en la que añade algunas páginas al capítulo IV, con relación a la distinción entre negocios simulados y fiduciarios, en la pág. 475, plantea el autor una diferencia interesante a los efectos del supuesto que estamos analizando. En el negocio simulado, las partes quieren una mentira, "*las dos partes saben que el negocio carece de contenido jurídico*", mientras que en el negocio fiduciario, "*el resultado exterior se quiere como medio técnico para conseguir cierto fin previsto por ambas partes*". La relación de la que partimos es la que tiene lugar entre la Cooperativa y el socio, en la que ambas partes quieren el fin perseguido y por ello utilizan y se apoyan en la relación cooperativa.

Con relación a la teoría sobre el negocio fiduciario, el autor se muestra favorable al camino que la técnica ha ido abriendo, descomponiendo el sujeto del derecho de propiedad, propietario formal y propietario material, aunque expone las diversas posibilidades, aportadas principalmente por la doctrina alemana, que difieren esencialmente en la admisión o no de la transmisión de la propiedad al fiduciario.

Con relación a la posibilidad teórica que puede aplicarse mejor en derecho español, ofrece el autor los argumentos de la Resolución de la DGRN de 14-6-1922 que afirma "*la figura jurídica creada por las adjudicaciones para pago de deudas es muy compleja en el fondo... en su consecuencia, el tipo estudiado se aleja en los puntos fundamentales, constitución y revocabilidad, de la representación y de los contratos que la provocan, supuesto que el adjudicatario aparece desde el primer momento revestido de facultades y derechos exclusivos y que ejerce en propio nombre, aunque por deber atender al interés ajeno, y por encontrarse en cierto modo privado del goce de los bienes adjudicados, más sea un propietario formal, legalmente autorizado para disponer de los mismos, que un dueño material que los disfrute económicamente...* De tales conceptos se deriva, ante todo, una posición exterior de titularidad real, frente a terceros, que permite al adjudicatario la enajenación independiente o reglamentada de los inmuebles bajo la protección de los artículos 20 y 34 de la Ley Hipotecaria, mientras que intertormente las relaciones jurídicas de adjudicante y adjudicatario se aproximan a la comisión y a mandato, buscan su punto de apoyo en el acto inicial y se desenvuelven dentro de cauces ajenos al Derecho hipotecario... Como conclusión de los principios apuntados, cabe admitir que al adjudicar una masa de bienes para pago de deudas contraídas y formalmente determinadas, se constituye un patrimonio especial, dotado de órganos de disposición que ya absorberá todas las facultades del adjudicante, a la par que se encarga de cumplir sus

Entiende la doctrina, mayoritariamente, que el negocio fiduciario se caracteriza por ser un negocio complejo en el que existe una única transmisión respecto del tercero (transmitente o transmitido según el caso, en el nuestro, transmitente), siendo titular formal el fiduciario y titular material el fiduciante. El fiduciante admite que adquiera el fiduciario, titular formal, y en el caso de que el fiduciante pague al fiduciario la cuantía debida, el fiduciario le dará el bien adquirido. Se trataría de un nuevo caso de “fiducia cum amico” aunque no responde a los supuestos que se han planteado entorno a ella, tal y como éstos han sido entendidos en las leyes, en que la transmisión de la propiedad se realiza por el fiduciante al fiduciario, aunque los bienes transmitidos no salgan de su patrimonio.

1.8.2. Aplicación del negocio fiduciario al supuesto cooperativo

Una posible superposición del negocio fiduciario al supuesto cooperativo se realizará considerando fiduciante al socio y fiduciario a la Cooperativa, cuya relación se basa en la confianza que el socio deposita en la Cooperativa, como asociación formada por los intereses de los socios. En este caso, la Cooperativa adquiere formalmente la propiedad de la vivienda, siendo el socio titular material de la misma, propiedad que le será transmitida sin necesidad de un nuevo negocio jurídico. La relación entre ambos sujetos sería próxima a la comisión o el mandato -ya hemos precisado que no nos referimos a la teoría del doble efecto- por lo que el fiduciante es en todo momento propietario de la cosa confiada, y en el caso de que el fiduciante pague al fiduciario la cuantía debida, el fiduciario le dará la vivienda. La peculiaridad del supuesto cooperativo es que la cantidad

obligaciones, ya limitará, expresa o tácitamente, sus facultades de disponer, ya, en fin, adoptará posiciones intermedias, pero siempre caracterizadas por su finalidad fiduciaria, o sea por la atribución de la propiedad o de un derecho a un sujeto activo en interés ajeno y por motivos de confianza... el caso examinado de adjudicación para pago de deudas entra dentro de las excepciones legales previstas en aquella doctrina, como derivado del precepto contenido en el número 3º del artículo 2º de la Ley Hipotecaria, por ser un acto o contrato en cuya virtud se adjudica a una persona bienes o derechos, con la obligación de invertir su importe en objetos determinados.”

abonada por el socio no es debida a la Cooperativa, sino a los terceros que han contribuido a hacer realidad las viviendas, solar, construcción... En este caso la Cooperativa puede retener la vivienda hasta que el socio cumpla absolutamente con todas sus obligaciones, pero no tiene un derecho de crédito preferente sobre ella, porque el verdadero acreedor de la cantidad pagada por el socio, con relación a la construcción y adquisición de la vivienda, es el tercero. Con la asunción de esta hipótesis podría llegar a excluirse el hecho de la copropiedad temporal de los socios sobre la masa de gestión económica, aunque en algún caso podría admitirse –siendo fiduciario la Cooperativa y fiduciante los socios, individualmente o en comunidad-. El Tribunal Supremo hace referencia a esta posibilidad en una Sentencia de 5-7-1996⁷² en relación a los garajes, no a las viviendas, en la que atribuye la condición de fiduciario o titular formal a la Cooperativa, y titular real o fiduciante a la asociación de propietarios que surge posteriormente a la adjudicación de las viviendas, en régimen de copropiedad o comunidad por el condominio existente sobre el garaje.

La aplicación del negocio fiduciario al supuesto cooperativo analizado plantea algunos problemas. No es positivo que esta figura no esté regulada en las leyes, aunque la jurisprudencia recurra a él en múltiples ocasiones. Es difícil demostrar que existió consentimiento de fiduciante y fiduciario sobre el contenido del negocio fiduciario, planteándose problemas de prueba e interpretación del negocio, y además, la fiducia puede ser abandonada en favor de otras figuras similares que la reemplazan o superan⁷³, sin necesidad de acudir a una figura compleja, de difícil interpretación y sin regulación jurídica. Aunque se aplique la teoría del negocio fiduciario no se evita la validez de los

⁷² STS 5-7-1996 (Ar. 5576).

⁷³ DE CASTRO, F en *“El negocio jurídico”*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1952, reedición de Civitas, Madrid 1985, pág. 441: La calificación, siempre que sea posible, se realizará respecto de otras figuras jurídicas conocidas (representación indirecta, mandato, interposición de persona, gestión).

actos realizados por el fiduciario en favor de terceros de buena fe a título oneroso. Es difícil construir una protección registral para el fiduciante o adjudicatario, idéntica al beneficio que ofrece el art. 2 de la LH respecto a la inscripción a favor del fiduciario, salvo la inscripción de los titulares de las viviendas propuesta en el art. 8.5º de esta misma Ley.

Como plantea la doctrina, la admisión de esta posibilidad implicaría la creación de un tipo especial de derecho real en el que la propiedad está dividida en formal y material; y se tiende a identificar el negocio fiduciario con un tipo específico de negocio jurídico, cuando en realidad es una anomalía del mismo⁷⁴.

Aunque el supuesto de hecho de relación jurídica entre la Cooperativa y el socio podría ser calificado como negocio fiduciario, o interpretado según éste, las desventajas del mismo nos hacen dudar de ello. Ello no implica que no pueda optarse por él, pero no creo que sea la hipótesis más deseable, especialmente porque su propia existencia y configuración en nuestro ordenamiento es dudosa.

2. REPRESENTACIÓN.

Como ya hemos advertido, la representación es la hipótesis generalmente admitida por la doctrina, aunque inicialmente se refiriese a ella como interposición gestora. En esta figura se intenta encajar la relación jurídica entre la Cooperativa de viviendas y el socio como una representación de los socios por la Cooperativa frente a terceros. Antes de entrar en el estudio de esta hipótesis, y su aplicabilidad al supuesto cooperativo, no debemos olvidar que nos encontramos analizando el supuesto cooperativo más común en

⁷⁴ DE CASTRO, F: *"El negocio jurídico"*... cit, pág. 409 y 422.

Recoge y desarrolla su consideración como negocio simulado relativamente, que no cumple los requisitos para ser admitido en nuestro ordenamiento, por falta de causa: ALBALADEJO GARCÍA, M: *"El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente"*. Actualidad Civil IV/1993, marginal 663 y ss.

la práctica, dejando de lado, por ahora, las posibilidades de gestión y construcción por la propia Cooperativa.

La representación es la legitimación del representante para actuar por cuenta del representado, dentro de la idea de cooperación en un interés ajeno, generalmente con base en una actividad de gestión o mandato. Es *“el confiar a una persona, representante, la facultad de actuar y decidir, dentro de ciertos límites, en interés y por cuenta de otra, representado”*⁷⁵.

Si se admite la existencia de una representación en el supuesto cooperativo citado, ésta se produciría mediante un negocio jurídico de apoderamiento de cada socio respecto a la Cooperativa, para que actúe por y para ellos en el ámbito de promoción y construcción de las viviendas. Sin embargo, antes de decidírnos en tal sentido, debemos plantearnos cual es la relación básica subyacente, un contrato de mandato celebrado entre la Cooperativa y los socios, o el negocio jurídico de constitución de la Cooperativa, posibilidades que van a analizarse a continuación.

2.1. Representación con base en el contrato de mandato. Posibilidad de que exista un mandato entre la Cooperativa y el socio.

Partimos de admitir como elementos del mandato los ofrecidos por el CC en el artículo 1709, el carácter consensual y bilateral de la actuación por cuenta o encargo de una persona, cuyo objeto es prestar un servicio o hacer alguna cosa. Se trata de una actividad de cooperación, de derecho, que podría ser causa de la relación representativa entre la Cooperativa y el socio, la base contractual de ésta.

También se expresa en estos términos FUENTESECA, C: *“El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”*. Bosch, Barcelona 1999, entre otras en las pág. 195, 209.

⁷⁵ DE CASTRO, F: *“Temas de Derecho Civil”*... cit, pág. 108.

No está claro, a priori, si el supuesto cooperativo sería un mandato con representación directa o sin ella, puesto que no hemos analizado todavía ambas posibilidades. No obstante, como veremos en el apartado relativo a la representación, lo más probable es que se trate de una representación indirecta. La causa del mandato es el actuar por cuenta de otro quedando al margen del resultado⁷⁶, consentida por el que actúa y por la persona en nombre de la cual se actúa. Pueden ser objeto cualesquiera cosas y servicios, especialmente y exclusivamente los actos jurídicos, en una actuación por cuenta ajena que reúna los requisitos del art. 1271 y ss. del CC.

Aunque la relación entre la Cooperativa y el socio cumple algunas de las notas del mandato citadas, como la actuación de la Cooperativa por cuenta del socio sin obtener nada a cambio, con objeto de proporcionar a éste la vivienda deseada -realización de las actividades materiales y jurídicas necesarias-; no está claro que dicha relación tenga como base o apoyo el contrato de mandato, consensual, bilateral imperfecto, y sólo en contadas ocasiones recíproco⁷⁷.

Aunque el objeto, general dentro de un mandato especial respecto de un asunto determinado, actividades de promoción y construcción de las viviendas futuras encargadas hipotéticamente a la Cooperativa, y la forma, libertad, del supuesto mandato, no plantearían problemas, no ocurre lo mismo respecto de otras cuestiones esenciales o requisitos del contrato en general. La causa del contrato de mandato, que puede ser gratuito o no, es la liberalidad del que se obliga, o en los casos en que existiera una remuneración, el servicio que se remunera; y no puede admitirse que ninguna de estas

⁷⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F en LACRUZ, J.L: "Elementos de Derecho Civil II". Vol. 2º. Redactado por LACRUZ, SANCIO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS. Bosch, Barcelona 1995, pág. 226. *"Se caracteriza, pues, esta actividad de cooperación en que quien la ejerce queda al margen de su resultado, pues actúa por cuenta y encargo de otro. La ajenidad del interés gestionado es esencial e immanente al mandato, no eliminable y nota típica y diferenciadora de este contrato y de toda su disciplina jurídica."*

causas exista en la relación entre la Cooperativa de viviendas y el socio, que es esencialmente gratuita⁷⁸-sin embargo, esta nota de ausencia o no de remuneración no es significativa como elemento del mandato-.

Como argumento definitivo puede aportarse la dificultad de clarificar cual sea el consentimiento o acuerdo de voluntades. En el supuesto cooperativo no hay consentimiento o acuerdo de voluntades, no se produce el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y causa que constituyen el contrato de mandato. Los socios que constituyen la Cooperativa unen sus voluntades, que expresan en el propio contrato de constitución de la misma. No hay un acuerdo de voluntades entre la nueva persona jurídica Cooperativa y los socios respecto de un hipotético mandato entre ambos, por lo cual si admitiéramos la existencia de dicho contrato, este carecería de consentimiento. Los mandatos, bilaterales, requieren una dualidad de partes opuestas, que consienten respecto del objeto del mismo, ocasionalmente en situación de reciprocidad entre sí. Ello no sucede en la relación entre la Cooperativa y el socio. No parece posible considerar la relación entre la Cooperativa y el socio como un contrato de mandato, y ello porque una relación contractual y bilateral entre ambos exigiría la existencia de dos sujetos absolutamente ajenos⁷⁹ entre sí, opuestos, frente a frente, con intereses distintos, que

⁷⁷ LEÓN ALONSO, J: "Comentarios al Código Civil"; art.1709 y ss, tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1524.

⁷⁸ La relación entre la Cooperativa y el socio en ningún caso puede ser remunerada según la LC, art. 89.6 – LGC, art. 129.6- (nota a pie 139), ausencia de remuneración que afecta a los órganos de la Cooperativa, mediante los cuales ésta actúa. Sin embargo, no queda claro que no deban ser remunerados, y ello porque se evitaría el fraude de una remuneración encubierta de los órganos cooperativos, que viene avalada por su posible y frecuente relación con la empresa gestora.

⁷⁹ LEÓN ALONSO, JR: "Comentarios al Código Civil..."... cit, art. 1709 y ss, pág. 5. El autor define el mandato como una "relación de gestión ajena típica y, por otro lado, una posible fuente de representación". Ni el interés ajeno ni la actuación en nombre ajeno caracterizan el mandato, cuya especialidad es la actuación por cuenta de otro.

Oposición, intereses opuestos, frente a frente, como elementos que caracterizan a los negocios jurídicos bilaterales de los que no lo son: ALBALADEJO, M: "Derecho Civil I". Vol. 2"... cit, pág. 158.

También se matiza que los contratos se encuentran dentro de los negocios jurídicos bilaterales, con la exigencia de dos partes o intereses, que solo en los contratos bilaterales o unilaterales generarán o no obligaciones

puedan adoptar las posiciones jurídicas de mandante y mandatario respectivamente. La relación entre ambos podría ser suficiente para admitir una relación representativa basada en el contrato asociativo, plurilateral, de constitución de la Cooperativa, en que confluyen las voluntades de sus miembros, pero no para admitir un contrato bilateral entre la Cooperativa y el socio. Todas estas circunstancias, ausencia de consentimiento y causa, e inexistencia de partes enfrentadas, nos llevan a excluir la posibilidad de que dicha relación pueda ser un mandato, sin necesidad de entrar en un mayor análisis.

Hay que concluir que, admitida indiscutiblemente la distinción entre mandato y representación, la existencia de una actividad representativa de la Cooperativa respecto del socio no debe confundirnos. La representación del socio por la Cooperativa no se adhiere a un mandato previo, sino al propio negocio jurídico de constitución de la Cooperativa, cuyo objeto social y fin último hacen necesaria dicha actividad de representación⁸⁰.

A lo anterior se añade que tampoco suele haber una actividad de gestión sino más bien de representación⁸¹, teniendo en cuenta que, en el supuesto cooperativo que estamos analizando, generalmente la gestión es delegada o encargada a una empresa gestora. Incluso, aunque la Cooperativa gestione por sí misma, sin acudir a terceros, la gestión tiene su base en el propio contrato de constitución de la persona jurídica. El posible

correlativas: DELGADO ECHEVERRÍA en IACRUZ, J.L.: "Elementos de Derecho Civil I". Vol. 3º, pág. 232 y ss. En el supuesto cooperativo no existe un negocio jurídico bilateral, ni un contrato del tipo de mandato, debiendo admitirse la realidad de negocio jurídico plurilateral en su constitución. DIEZ PICAZO propone el carácter patrimonial como elemento de distinción entre los negocios jurídicos bilaterales y los contratos, y admite que el acto o convenio de constitución de las asociaciones es un negocio jurídico plurilateral: DIEZ PICAZO, L.: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Tomo I... *cit.*, pág. 76 y ss.

⁸⁰ Idea que debe ponerse en relación con la función práctica de la representación como figura. Ver texto referido en notas a pie 84, 85 y 86.

⁸¹ LEÓN ALONSO, JR.: "Comentarios al Código Civil...", *cit.*, art. 1709 y ss, pág. 30. Matiza este autor la diferencia entre el mandato, como obligación de gestión y la representación como facultad y aptitud para actuar. La obligación de gestión exigible a la Cooperativa tiene su base en el propio contrato de constitución de la misma, unida a la facultad de actuar por cuenta del socio, y no en un mandato.

contrato de mandato, en los casos que se celebre, sería el que consienten la Cooperativa y la empresa gestora respecto de la administración y gestión de la Cooperativa con relación a la promoción y construcción de las viviendas –mandato, arrendamiento de servicios...-.

Aunque no admitamos la inserción del supuesto cooperativo dentro del contrato de mandato, sus normas son esencialmente importantes, puesto que es la única relación representativa regulada en el Código Civil⁸².

2.2. Representación basada en el negocio jurídico de constitución de la Cooperativa.

Desechado el mandato como negocio jurídico causal subyacente de la relación representativa de la Cooperativa por el socio, hemos optado por considerar básico en dicha relación el negocio constitutivo de la Cooperativa⁸³.

La base del poder de representación, la relación originaria subyacente, sería el negocio jurídico de constitución de la Cooperativa, que se celebra con la finalidad de

⁸² LEÓN ALONSO, JR: "Comentarios al Código Civil..."... cit, art. 1709 y ss, pág. 7: "es el esquema normativo, funcional y típico de cualquier supuesto de actuación por cuenta ajena". El contenido y efectos de la representación se basan en las normas del mandato.

⁸³ Otros ordenamientos como el francés también desechan que la relación entre la Cooperativa y el socio sea un mandato, y admiten la dualidad social y contractual para la obtención de viviendas. Aunque la dualidad no sea la misma que la que mantenemos nosotros para el supuesto español, es interesante observar que en otros países no hay prejuicios a la hora de plantear esta situación dual. La doctrina francesa mantiene, como en otros países (Italia, e incluso España –aunque en éstos la dualidad se plantea en orden a admitir que existe una transmisión o relación de cambio entre la Cooperativa y el socio, desarrollada en el capítulo segundo de la tesis-) la existencia de **una doble relación entre la Cooperativa y el socio**, una relación **social** junto con una relación **contractual** en la que la Cooperativa asume la función del empresario o intermediario para obtener los productos, evitando así que la remuneración de éste repercuta negativamente sobre el precio. Respecto a la relación entre la Cooperativa y los socios, la doctrina francesa actual huye de la consideración de mandato gratuito, entendido en sentido tradicional, puesto que la realidad económica demuestra que la Cooperativa es una verdadera empresa, y no puede encerrarse su actividad en los límites de un contrato clásico (esta idea es interesante respecto al análisis de la relación Cooperativa - socio): GOURLAY, PG: "Répertoire DALLOZ": Droit des sociétés, coopératives, tomo II, Dalloz, Paris 1990, pág. 13.

En Francia, el considerar a la Cooperativa representante de los socios y aplicar las normas de esta figura no es posible, puesto que el legislador de este país opta por diferenciar la actuación del representante legal de la Cooperativa en los casos de Cooperativas de venta, que se remiten a la regulación del contrato de compraventa. En otros supuestos en los que se acude al contrato de promoción inmobiliaria, en realidad se está partiendo de la representación, cuando la representación y gestión se encargue a un tercero, o en las Cooperativas de atribución ya intervenga un tercero o el representante legal o estatutario de la Cooperativa. Pese a hacer referencia a la representación de la Cooperativa de atribución o de venta con intervención de un tercero, la norma se remite al

construcción y adquisición de viviendas actuando la Cooperativa en interés y por cuenta de los socios, como representante de éstos, por la legitimación unilateral otorgada. La unilateralidad es posible porque la Cooperativa está formada por los socios, y sólo actúa por ellos, siendo ésta su finalidad.

Aunque pueda parecer forzada esta interpretación, y ello porque el legislador en ningún momento se ha planteado este punto de vista, ni ningún otro respecto de las Cooperativas de viviendas, al no contemplarlas en profundidad, debemos decir que la doctrina se muestra favorable a la aplicación de la representación en aquellos supuestos en los que el tráfico la tenga en cuenta, al margen de que teóricamente no se encuentre todavía admitida por las reglas de derecho común, o las específicas de la figura en cuestión. La razón es que, *“la representación no es un quid definido por la ley, sino una construcción doctrinal en función de la utilidad que pueda reportar a la práctica y a la formación del sistema un concepto más amplio y general o más estricto y exigente”⁸⁴*, *“va unida a la evolución y el progreso de los ordenamientos jurídicos. La finalidad de esta figura es proporcionar respuesta a las necesidades de las personas de realizar diversas actividades.”⁸⁵* *“La representación aparece como una respuesta del orden jurídico al problema social típico de la cooperación en la gestión y cuidado de los bienes e intereses ajenos.”⁸⁶* En general, la doctrina parece conforme con el hecho de que una figura como la representación, sin una regulación legal específica en nuestro ordenamiento, pueda ser aplicada y admitida según las necesidades o exigencias del

contrato de promoción inmobiliaria, al considerar que el supuesto encaja en esta figura. Como puede observarse, el legislador francés ha ido más allá del nuestro.

⁸⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F en LACRUZ, J.L.: “Elementos de Derecho Civil I”, Vol. 3º... cit, pág. 271.

⁸⁵ SERNA MERONÓ, E: “Comentarios al Código Civil...”... cit, art. 1259, pág. 475.

⁸⁶ LEÓN ALONSO, JR: “Comentarios al Código Civil...”... cit, art. 1709 y ss, pág. 23. Cita literalmente a Díez Picazo, “La representación”... cit, pág. 24.

tráfico, premisa de la cual nosotros partimos para considerar la relación entre la Cooperativa y el socio como un supuesto de representación.

La relación entre la Cooperativa y el socio se produce dentro de una representación voluntaria⁸⁷, concedida por el socio. Partiendo de que posiblemente nos encontramos ante una representación voluntaria, hay que matizar que la representación orgánica de la que se vale la Cooperativa para actuar, mediante las personas físicas que forman sus órganos, afecta e influye decisivamente en la relación entre la Cooperativa y los socios, aunque nunca deben confundirse ambas. A ello se añade, que la única relación representativa regulada por la LC, y en general por las normas de Cooperativas de las CCAA, es la de los órganos de la Cooperativa insertos en ella, su actuación, facultades, responsabilidades..., normas a las que acudiremos cuando sea posible y necesario para averiguar las especialidades de la relación entre la Cooperativa y el socio –sin perjuicio de sus repercusiones asociativas-.

Debe demostrarse la existencia de un negocio de apoderamiento o poder, o en su caso una ratificación posterior de lo actuado, en función del tipo de representación que se admita. También es importante aclarar si existe dependencia del poder respecto a la relación origen, cuestión sobre la que no hay unanimidad. En general parece admitirse que el poder tiene cierta relación con el negocio origen, excepto en los casos de

⁸⁷ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M: *“Estudio sobre la representación legal en Derecho mercantil”* en Estudios jurídicos en homenaje a De Castro I. Tecnos Madrid 1976, pág. 299 y ss. Distingue el autor los tres tipos de representación en función del fundamento o causa en que tiene su origen, la Ley, la voluntad de los intervinientes ya sea en nombre propio o ajeno y la orgánica en los supuestos de personas jurídicas o colectividades organizadas.

La relación entre la Cooperativa y el socio no es una representación legal, porque la legislación cooperativa no prevé que la relación entre la Cooperativa y el socio sea necesariamente representativa, representación legal sin la cual el socio no podría acceder a una vivienda. Tampoco se trata de una representación orgánica, aunque la Cooperativa precisa actuar mediante órganos.

oponibilidad frente a terceros de buena fe⁸⁸. Al margen de que teóricamente no quede claro cual sea la opción correcta, debe resolverse caso por caso. En las Cooperativas de viviendas, la pertenencia a la Cooperativa va indisolublemente unida a la representación que a ésta se atribuye, razón por la que no habrá apenas ningún caso en que ambas no vayan unidas.

Puesto que se admite la representación del socio por la Cooperativa, legitimada unilateralmente para actuar por cuenta de éste, no se puede hablar de un deber u obligación de la Cooperativa por la mera representación en los asuntos relativos a la vivienda. Puede ocurrir que, en virtud de la relación jurídica subyacente⁸⁹ -negocio de constitución de la Cooperativa-, la Cooperativa esté obligada a realizar contratos representativos con terceros por cuenta del socio, lo que significaría que la actuación cooperativa en la promoción y construcción de viviendas es exigible como obligación inserta en sus Estatutos, norma primera y esencial de la relación cooperativa, que recoge los derechos y deberes de los socios y los correlativos de los órganos cooperativos, al margen de la relación de representación -al ser admitido e inscrito como socio en una

⁸⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F en LACRUZ, J.L: "Elementos de Derecho Civil I", Vol. 3º... *cit*, pág. 288. (en páginas anteriores había declarado también la vinculación entre la relación representativa y la relación causal, ver nota a pie 89). Destaca que la relación representativa es creada por el poder, y es interna, entre representante y representado, coexistiendo junto a otra externa entre representante y tercero, también creada por el poder. Este autor se manifiesta, además, a favor de que el poder no tiene entidad en si mismo sino en virtud del negocio representativo o principal del que es accesorio.

⁸⁹ Así se manifiesta RIVERO HERNÁNDEZ respecto a la representación en general, en el análisis de la relación entre el representante y el representado y la influencia en ella del contrato causal. RIVERO HERNÁNDEZ, F en LACRUZ, J.L: "Elementos de Derecho Civil I", Vol. 3º... *cit*, pág. 278 y ss: "*El poder sólo habilita (pero no obliga) al representante, para actuar. Le permite gestionar asuntos del poderdante (representado), y señala los límites de la actuación autorizada, pero nada más. Para que el representante quede obligado a actuar es preciso que ello le pueda ser exigido en virtud de otro tipo de relación, que genere obligaciones para él... Todo ello quiere decir que la relación representativa se halla delimitada por dos tipos de negocios: el de apoderamiento (del que surge el poder legitimador de la acción representativa), y el contrato causal subyacente o relación originante de la representación... Aunque en abstracto quepa imaginar una actuación representativa sin más apoyo que un poder del interesado, en realidad no se producen las cosas así, y el poder es otorgado precisamente porque hay una relación previa de confianza o de tipo contractual entre dominus y representante, de la que tal poder surge... la realidad es que la representación se integra en el negocio gestorío que le sirve de base y horizonte; mandato (las más veces), arrendamiento de servicios, sociedad, y tantos otros... Los derechos y deberes derivados de la relación representativa se hallan enmarcados por los dos negocios que delimitan el terreno: el poder (que faculta) y el negocio básico de gestión (que obliga).*"

Cooperativa de viviendas, la Cooperativa y el socio contraen una serie de derechos y obligaciones, relativos a la vivienda, contenidos en el negocio jurídico de constitución de la misma-. El inicio de la relación representativa generalmente coincidirá con la inscripción como socio. La Cooperativa asume las instrucciones y límites impuestos por el socio, quedando vinculada por la relación de representación. Si la Cooperativa no actúa respecto a la promoción y construcción de viviendas se le puede exigir que lo haga sobre la base de la relación subyacente; y una vez asumida la representación, la ausencia de actuación sólo sería admisible por imposibilidad o por una posible renuncia de la Cooperativa –sus órganos-. Es importante determinar a partir de que momento la representación vincula a la Cooperativa. Puede decirse que desde la inscripción del socio la Cooperativa queda limitada y sujeta a las instrucciones de la relación de representación -pactadas en la constitución o adhesión a la misma, y participación en la persona jurídica-, aunque no está obligada a actuar en base a la representación, salvo que comience a actuar en tal sentido, pero sí por la relación jurídica subyacente, el negocio de constitución de la Cooperativa, para el que prevé alguna consecuencia -disolución de la Cooperativa, art. 70 LC; art. 103 LGC- en caso de inactividad continuada en el tiempo.

La representación del socio se ejercitará, sobre todo, en la relación con los terceros que actúan en la construcción de las viviendas: propietario del solar, constructor, entidad financiera, arquitectos, empresa gestora... La razón básica de la representación por la Cooperativa, en esta diversidad y complejidad de relaciones, se encuentra en la imposibilidad de que cada socio intervenga en la construcción de su vivienda, materialmente o en su gestión, especialmente cuando ésta no es aislada sino que se integra en un edificio que se someterá al régimen de propiedad horizontal, junto con otros copropietarios. No olvidemos que la razón de ser de la existencia de la figura

cooperativa es el beneficio que se logra con la unión de los intereses de los socios, y la supresión de promotoras u otras entidades encargadas de la construcción de viviendas; a lo que se añade que la Cooperativa no construye ni vende las viviendas a los socios como entidad independiente de éstos, ni tampoco puede identificarse con ellos.

En materia de representación voluntaria se plantea también si es admisible, en la relación entre la Cooperativa y el socio, el carácter innato a la representación de que el representado, aunque haya designado un representante, pueda otorgar otra representación, o incluso actuar por sí ejerciendo las facultades cedidas al representante⁹⁰. El citado carácter se cumple respecto de la vivienda en abstracto, pudiendo el socio elegir la fórmula de adquisición que desee o incluso construirla materialmente él mismo, pero no es válido con relación a la vivienda concreta que va a lograr inscribiéndose en una Cooperativa determinada. Una vez inscrito en una Cooperativa el socio puede solicitar la baja en la misma, e incorporarse a otra si lo desea, pero el objeto de la representación no será el mismo. Sin embargo, puesto que el objeto de la representación al ingresar en la Cooperativa es genérico, una vivienda, concretándose más adelante, puede afirmarse que el socio representado puede construirse una vivienda por sí mismo o acudir a un tercero, incluso después de ingresar como socio en una Cooperativa, siempre que la vivienda no se encuentre todavía individualizada y reservada a su nombre. La lógica y práctica cooperativa tienden hacia la individualización o reserva de la vivienda en cualquier momento desde la inscripción hasta su adjudicación, preferentemente en el inicio, con lo que parece obviarse este problema. Sin embargo, aunque no se diga expresamente, la realidad es que el objeto de la representación no está completamente determinado a priori.

2.2.1. Clases de representación: directa e indirecta, actuación y eficacia. Tipo de representación existente entre la Cooperativa y el socio.

Excluidas la representación legal y orgánica⁹¹ como aplicables a la relación entre la Cooperativa y el socio, y admitiendo la visión doctrinal favorable a la superación de la teoría clásica⁹² de la representación, nos encontraríamos ante dos clases de representación voluntaria posibles, la directa y la indirecta⁹³, dentro de un concepto de representación referido a la legitimación para actuar por cuenta e interés ajeno, y considerando a la vez la independencia relativa del poder respecto de la relación jurídica subyacente, independencia que sólo se manifiesta en la actuación con terceros de buena fe que no pueden ser obligados a conocer dicha relación⁹⁴ -aunque no toda la doctrina está conforme con lo anterior, y algunos manifiestan que existe una dependencia de ambas relaciones-.

En relación con las clases de representación voluntaria, y en razón del tipo de actuación, debe estudiarse cual sería aquella en la que encajaría el supuesto de hecho de nuestra tesis, la relación entre la Cooperativa y el socio para la promoción y construcción y

⁹⁰ La razón es que “la representación no agota las facultades del representado”. CASTÁN TOBEÑAS, J: “Derecho Civil Español, común y foral”. Tomo I, vol. 2º... *cit.*, pág. 861.

⁹¹ Partimos también de la existencia de una representación orgánica de la persona jurídica Cooperativa, única regulada en las normas cooperativas y fruto y base de la relación origen, que afecta a la que tiene lugar entre la Cooperativa y el socio, voluntaria, por lo que se analizarán algunas de sus normas.

⁹² Revisión de la teoría clásica mayoritariamente admitida, y liderada en la actualidad por DIEZ PICAZO: “La representación en derecho privado” ... *cit.* DIEZ PICAZO y GULLÓN: “Sistema de Derecho civil”. Vol. I... *cit.*, pág. 565.

⁹³ La doctrina mayoritariamente acepta la distinción entre ambas, y la calificación de la indirecta como tipo de representación: Iniciada por DE CASTRO, F: “Temas de Derecho Civil”... *cit.*, pág. 125. Admitida por GULLÓN BALLESTEROS, A: “Mandatario que adquiere en nombre propio...” *cit.* Desarrollada por DIEZ PICAZO, L: “La representación en derecho privado”... *cit.*, pág. 248 y ss. Aceptada por: ALBALADEJO, M: “Derecho Civil I”. Vol. 2º... *cit.* DIEZ PICAZO y GULLÓN: “Sistema de Derecho civil”. Vol. I... *cit.* MONTÉS PENADÉS, VL: “Derecho Civil. Parte general”... *cit.*, pág. 571 y ss. O’ CALLAGHAN, X: “Compendio de Derecho Civil”. Tomo I... *cit.* PUIG BRUTAU, J: “Compendio de Derecho Civil”. Vol. I... *cit.* PUIG FERRIOL, L en PUIG BRUTAU, J: “Fundamentos de Derecho Civil”. Tomo I, vol. I... *cit.* PUIG I FERRIOL, L: “Manual de Derecho Civil II”... *cit.*, pág. 675 y ss. RIVERO HERNÁNDEZ, F en LACRUZ, J.L: “Elementos de Derecho Civil I”, Vol. 3º... *cit.*, pág. 272. RUIZ SERRAMALLERA, R: “Derecho Civil”, El negocio jurídico. UCM, Madrid 1980. SERNA MERÓN, E: “Comentarios al Código Civil...”... *cit.*, art. 1259.

No acepta que la representación indirecta sea verdadera representación: CASTÁN TOBEÑAS, J: “Derecho Civil Español, común y foral”. Tomo I, vol. 2º... *cit.*

⁹⁴ DIEZ PICAZO y GULLÓN: “Sistema de Derecho civil”. Vol. I... *cit.*, pág. 569 y ss.

posterior adjudicación de las viviendas. Puede señalarse como hecho admitido, en cualquier caso, que la Cooperativa actúa por cuenta e interés de cada uno de los socios. Sin embargo, podría decirse que lo hace en su propio nombre y no en el de éstos. Los terceros con los que la Cooperativa contrata -propietario del solar, empresa gestora, constructor, arquitectos, entidad bancaria...-, no conocen a los socios que la forman, ni les interesa quienes sean, por lo que contratan directamente con la Cooperativa, al margen de que sea representante de los intereses de los socios. La Cooperativa, aunque no es propietaria de la “masa de gestión económica” ni de las viviendas, es considerada dueña de la obra y parte afectada en las relaciones contractuales con terceros y las reclamaciones que con ellos se plantean. Por tanto, “a priori” podríamos decir que éste podría ser un caso de representación indirecta en el que no se exterioriza la condición de representante⁹⁵, excluyendo la representación directa como actuación en nombre ajeno. Aunque la conclusión anterior sea lógica, la consideración de la relación Cooperativa – socio como representación indirecta puede plantear problemas o desventajas, puesto que ésta es una creación doctrinal⁹⁶ con perfiles contradictorios. Sin embargo, y en favor de esta figura, no podemos olvidar que sus bases no son exclusivamente consideraciones doctrinales, y se rige por normas determinadas como las del mandato, aplicables a la representación directa e indirecta en lo que sea posible según la doctrina.

La opinión manifestada “a priori” favorable a la representación indirecta debe ser objeto de un estudio más profundo, porque la distinción, teóricamente fácil, entre la actividad representativa en nombre propio o ajeno, no es tan simple en la práctica. Tampoco es pacífica la opinión respecto de quien decide el tipo de actuación, en nombre propio o

⁹⁵ DE CASTRO, F: “*Temas de Derecho Civil*”... *cit.*, pág. 125.

⁹⁶ ALBALADEJO, M: “*Derecho Civil I*”. Vol. 2º... *cit.*, pág. 413 y 415. Cita el autor la otra visión doctrinal desfavorable a considerar la representación indirecta como representación, sobre la base de que es una representación en sentido económico, no jurídico. Tampoco la jurisprudencia es pacífica al respecto.

ajeno, sí el representante o el representado⁹⁷. En el caso de las Cooperativas de viviendas, la elección es de los socios, representados, al ingresar voluntariamente en la Cooperativa.

Ante la dificultad de distinguir la actividad representativa en nombre del representado o en nombre propio, la cuestión esencial parece ser la declaración de voluntad de destinar los efectos jurídicos a otro o no⁹⁸, aunque inicialmente no se diga quien es el representante, circunstancia identificativa que es comúnmente admitida en la actualidad. Analizando la existencia o no de los citados factores en las Cooperativas de viviendas, aunque en ellas los terceros son conscientes de que la Cooperativa es una persona jurídica, pueden no saber que actúa en representación de los socios. No se dice al tercero quien es el principal, y a éste no le interesa quien sea. Tampoco queda claro sobre quien recaen los efectos jurídicos de dicha actividad, nosotros sabemos que recaen en última instancia sobre el socio, pero los terceros no. Además, no es fácil determinar si en general frente a terceros, inicialmente, recaerían en la Cooperativa, que transmitiría su posesión al socio e incluso la propiedad, o directamente sobre éste, porque la declaración de voluntad al respecto no es clara ni tiene porqué serlo. Debemos recordar que la Cooperativa recibe los efectos de la relación con terceros, como dueña de la obra, al menos nominalmente. Todos estos datos nos llevarían a la admisión de una representación indirecta. También se plantea la duda de si la representación indirecta

⁹⁷ DIEZ PICAZO y GULLÓN: "Sistema de Derecho civil". Vol. I. Tecnos, Madrid 1995, pág. 593. Según DIEZ PICAZO y GULLÓN la elección de la actuación en nombre propio o ajeno es una facultad del representante, por la condición de tal. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M: "*Estudios de Derecho Civil*"... *cit.*, pág. 67 y ss. Este autor estima que es el representado el que otorga la posibilidad de actuar en nombre suyo o del representante. Añade RIVERO que se requiere no sólo la conciencia del representante sino también el conocimiento del tercero: RIVERO HERNÁNDEZ, F en LACRUZ, J.L: "Elementos de Derecho Civil I", Vol. 3º... *cit.*, pág. 286.

⁹⁸ DIEZ PICAZO, L: "*La representación en derecho privado*" ... *cit.*, pág. 241 y ss. Plantea como posibles factores, la declaración expresa del carácter representativo, la expresión de quien es el principal y la eficacia del acto sobre éste y no sobre el representante. De ellos, opta por la "*concorde voluntad, expresa o implícita, de destinar los efectos jurídicos a otro y de excluir los efectos jurídicos para el agente (alieno nomine), o bien en la concorde voluntad expresa o implícita de limitar los efectos jurídicos del acto a los otorgantes.*"

exige o no la existencia de un poder previo de representación⁹⁹. La ausencia de poder no es cuestión difícil de resolver en el supuesto de Cooperativas de viviendas, ya que los socios, en el momento de ingreso en la Cooperativa, autorizan a ésta para actuar y suelen ratificar lo actuado por ella hasta ese momento.

No hay que confundir la distinción entre la actuación en nombre propio, o ajeno, con la eficacia directa o indirecta de la misma. La eficacia de la representación ejercida por la Cooperativa no es inmediata y automática sobre los socios, tratándose más bien de un caso de representante que posee, transmite posteriormente la posesión y reconoce la propiedad de la vivienda a favor de cada socio, lo que nos sitúa en el ámbito de la eficacia de la representación indirecta como la entiende, entre otros, la jurisprudencia del TS¹⁰⁰. Lo dicho nos llevaría a admitir que nos encontramos ante una representación indirecta con eficacia directa, eficacia que analizaremos más adelante. En mi opinión, es de mayor utilidad práctica averiguar los efectos jurídicos que se producen en la relación representativa entre la Cooperativa y el socio, que ocuparnos de discutir si la actuación

⁹⁹ Algún autor como RIVERO HERNÁNDEZ, plantea que sólo es posible la representación sin poder (negocio incompleto) y su posterior ratificación en los casos de representación directa, no así en la indirecta, que habría de referirse a la gestión de negocios ajenos: RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ, J.L.: "Elementos de Derecho Civil I", Vol. 3^{er}... *cit.*, pág. 300. Otros, como PUIG FERRIOL, afirman expresamente que existe poder de representación en la representación indirecta: PUIG FERRIOL, L. en PUIG BRUTAU, J.: "Fundamentos de Derecho Civil", Tomo I, vol. I... *cit.*, pág. 967. Si admitimos que la representación indirecta no precisa poder, podríamos confundirnos con la gestión de negocios ajenos. En obras posteriores no se refiere a esta cuestión: PUIG FERRIOL, L.: "Manual de Derecho Civil II"... *cit.*

¹⁰⁰ DIEZ PICAZO y GULLÓN: "Sistema de Derecho civil". Vol. I. Tecnos, Madrid 1995, pág. 611. La eficacia directa se basa en que las consecuencias y los efectos jurídicos definitivos se producen en la esfera del representado o principal. La doctrina admite que actualmente en los supuestos de representación indirecta se produce una actuación en nombre propio pero con eficacia directa, respecto al representado, aunque sin equipararse esta situación a la representación directa. Hay distintas interpretaciones respecto de la eficacia directa de la representación indirecta, que se verán en el apartado relativo a los efectos jurídicos de la representación.

STS 23-I-1969 (Ar. 200) considerandos primero y segundo, 14-10-1989 (Ar. 6920) fundamento de derecho primero, que se añaden a las citadas por la mayoría de la doctrina: 27-12-1959, 22-5-1964, 22-11-1965, 26-11-1970... En la de 1989, el Tribunal afirma que "*aquella existente relación y esta expresa autorización por parte del "dominus negotii", legitiman su intervención en nombre propio, sin perjuicio de la ulterior relación de cierre del mandato entre mandatario y mandante prevista en el párrafo final del art. 1717 del Código civil... tiene lugar una actuación "propio nomine" del mandatario, que no desvanece la definitiva adquisición por el mandante; porque la gestión de aquél vendría a atribuirle si acaso una titularidad provisional en tránsito hacia el patrimonio de éste.*"

es en nombre propio o ajeno, cuestión difícil de distinguir en la práctica cooperativa, y ello aunque admitamos que, en general, es en nombre propio.

2.2.2. Duración de la representación.

El inicio de la relación de representación entre la Cooperativa y los socios comenzaría en el momento de constitución de la primera -escritura pública y redacción de Estatutos-, aunque respecto de cada socio éste será el de su ingreso. La relación finaliza con la adquisición de la propiedad de la vivienda por el socio, aunque puede continuar con la administración de los inmuebles, e incluso sin realizar ninguna actividad. Generalmente, el ingreso como socio marca el inicio, y la entrega de la vivienda el fin, tanto de la relación básica cooperativa como de la representación del socio por la misma, y ello porque la representación se otorga en función de esta relación básica¹⁰¹, el negocio jurídico de constitución de la Cooperativa. El comienzo y fin de la relación jurídica subyacente, constitución de la Cooperativa, afectan a la relación representativa o apoderamiento, por el carácter no independiente de ambas, de forma absoluta, excepto si los afectados son terceros de buena fe que desconocían la primera, lo que ocurre generalmente¹⁰². Este es el iter normal y lógico de la relación entre la Cooperativa y el socio, aunque pueden producirse circunstancias que la modifiquen.

Como circunstancias modificativas debemos referirnos a los supuestos de baja o expulsión de socios de la Cooperativa, que ocasionan cambios imprevistos en el representado, y podrían afectar a la relación con terceros. Ello no ocurre porque hasta el momento de entrega de la vivienda y pago total del precio es indiferente para el tercero

¹⁰¹ ALBALADEJO, M: "Derecho Civil I". Vol. 2º... *cit*, pág. 395. PUIG I FERRIOL, L: "Manual de Derecho Civil II"... *cit*, pág. 673.

¹⁰² DIEZ PICAZO y GULLÓN: "Sistema de Derecho civil". Vol. I... *cit*, pág. 578 y ss. MONTES PENADÉS, VL: "Derecho Civil. Parte general"... *cit*, pág. 578 y ss. RIVERO HERNÁNDEZ, F en LACRUZ, J.L: "Elementos de Derecho Civil I", Vol. 3º... *cit*, pág. 292.

quien sea el representado, puesto que él contrató con la Cooperativa. Durante este período de tiempo comprendido entre la inscripción como socio y la adjudicación de la vivienda, el tercero no conoce, ni le interesa conocer, al representado o socio. El negocio representativo se celebra entre la Cooperativa y el tercero, en aplicación de la doctrina sobre la representación indirecta. Así se explica que hasta el momento de la adjudicación pueda sustituirse al socio representado por otro, como ocurre en los casos de baja o expulsión.

En estos supuestos, la LC –también lo había previsto la LGC, art. 80 y 129- prevé un régimen especial respecto de las cantidades aportadas por el socio¹⁰³, para garantizar el

¹⁰³ Este régimen se manifiesta en deducciones sobre las devoluciones, que pueden abonarse al socio durante un plazo de varios años, añadido a que, incluso después de dejar de pertenecer a la Cooperativa, continúe obligado por las cantidades aportadas para la adquisición de la vivienda, durante un plazo determinado. En el caso de viviendas, además, la devolución de lo pagado por éstas, en caso de baja, se produce en el momento en que el socio sea sustituido por otro socio en sus derechos y obligaciones, para evitar que puedan ocasionarse perjuicios a la Cooperativa, y a los otros socios representados. Aunque no se dice nada de los supuestos de expulsión, sino sólo de baja, se aplica a ambos el régimen general de deducciones en la devolución de dichas cantidades entregadas para vivienda, con algunos matices.

En la Ley actual de Cooperativas, según el art. 17, la baja puede ser voluntaria, justificada o no, y obligatoria (esta última incluida en el Senado). Se modifican los efectos económicos sobre la baja (art. 17), en el art. 51.3, que sólo da lugar a deducción (menor que la prevista en la LGC) –como sanción- cuando la baja no es justificada y viene producida con incumplimiento del período de permanencia en la Cooperativa (el art. 80.b de la LGC también había previsto estos efectos en caso de expulsión). Con relación a las deducciones, el legislador deja de lado la baja justificada, a la que sólo se refiere con la calificación de voluntaria –la baja obligatoria, por pérdida de los requisitos, que desapareció del Proyecto inicial y fue admitida en el texto aprobado por el Congreso-, y la expulsión, respecto de la que sólo afirma que tendrá lugar por falta muy grave, en el art. 18-5. El art. 17.1 párrafo segundo del Proyecto de Ley incluía la mención a la baja obligatoria: “*Cesará obligatoriamente en su condición de socio el que pierda los requisitos exigidos para pertenecer a la Cooperativa*”. En el texto definitivo aprobado por el Congreso se eliminó este párrafo, al admitirse la enmienda n° 295 del propio Grupo Popular que prescindía de ella, que la incorpora en la ponencia del Senado como art. 17.5, a partir de la enmienda 111 (art. 33 de la actual LGC). Las deducciones en caso de baja sólo se admiten en un caso determinado –no por expulsión, lo cual es inexplicable, y ello, aunque en el Senado, en varias enmiendas (7, 49, 62 y 107) se intenta incluir este tema. El art. 89.5 se remite al 51.3 en los casos de baja no justificada, para la deducción respecto de las cantidades aportadas para las viviendas, cuyo reembolso precisa la sustitución por otro socio: “*Los Estatutos podrán prever en qué casos la baja de un socio es justificada y para los restantes, la aplicación, en la devolución de las cantidades entregadas por el mismo para financiar el pago de las viviendas y locales, de las deducciones a que se refiere el apartado 3 del artículo 51, hasta un máximo del 50% de los porcentajes que en el mismo se establecen. Las cantidades a que se refiere el párrafo anterior, así como las aportaciones del socio al capital social, deberán reembolsarse a éste en el momento en que sea sustituido en sus derechos y obligaciones por otro socio.*”

Régimen económico cuya eficacia –en el momento de la baja o después de ésta- no afecta al momento en que se entiende producida la baja, cuando el socio declara su voluntad a favor de la misma, como estima el TS en la S. 16-3-1998 comentada por TRUJILLO DÍEZ, LJ: “*Comentario a la STS de 16-3-1998*”, en C.C.J.C núm. 48, pág. 999 y ss. El autor se muestra conforme con la opinión del TS, entendiéndolo que “*el escrito que comunica su separación a la Cooperativa es el modo como el socio ejercita, con efectos inmediatos, su derecho de baja voluntaria*”.

cumplimiento del representado y la protección de terceros. La existencia de los supuestos de baja y expulsión no afecta negativamente a la consideración de la relación entre la Cooperativa y los socios como una representación por cuenta ajena y en nombre propio. Podría pensarse que en los casos de baja y expulsión se produce una revocación del poder por el representado, aunque parece que podría haberse excluido la libre revocabilidad -bajas justificadas-, lo que significa que ésta no es una explicación posible. Además, hay que partir de la idea expresada por LEÓN ALONSO¹⁰⁴ respecto de la irrevocabilidad del mandato, en base a la opinión jurisprudencial que plantea la dependencia de aquel como contenido o ejecución del negocio jurídico bilateral o plurilateral básico o principal. De tal forma, extrapolando lo anterior a la situación de representación del socio por la Cooperativa, en ella el poder de representación, que puede haber sido pactado como irrevocable salvo determinadas causas, dependerá del negocio plurilateral constitutivo de la Cooperativa. Incluso aunque se admita una situación de poder revocable sometido a determinadas condiciones, se entenderá que es dependiente del negocio jurídico cooperativo, lo que puede ocasionar su irrevocabilidad natural, según este autor. La razón es que, *“permitir la libre revocación de aquél significaría, obviamente, tanto como admitir sin más la frustración de esa otra relación*

¹⁰⁴ LEÓN ALONSO, JR: “Comentarios al Código Civil...” cit, art. 1709 y ss. pág. 520. En páginas siguientes, 526 y ss, cita un supuesto planteado ante el TS como caso de irrevocabilidad natural *“El carácter revocable del mandato le acompaña cuando éste constituye un negocio jurídico autónomo y se establece en interés exclusivo del mandante y no cuando mandante y mandatario se encuentran ligados por un contrato anterior en una de cuyas cláusulas se instituye el mandato, pues en este caso no cabe utilizar la facultad revocatoria si con ello se vulneran o contradicen los términos del convenio establecido por las partes... el principio general de la revocabilidad de los poderes, que antes se reputaba esencial, sufre ahora, según la doctrina científica, algunas mitigaciones en ciertos casos; y así tenía que suceder, porque cuando los poderes no se otorgan como negocio jurídico autónomo derivado de la mutua confianza, sino que obedecen a causa distinta, como sucede cuando se confieren en cumplimiento o como complemento de un contrato principal concluido en interés del representante, o se estipula subordinando su duración a cierto plazo o a determinado evento futuro, entonces con irrevocabilidad paccionada en el contrato principal, tiene que durar todo el tiempo convenido o hasta que sobrevenga el evento, porque de lo contrario se conculcarán los principios fundamentales de la contratación... como ejemplos se citan, la unión de mandato y arrendamiento de obra”* PUIG BRUTAU, J: “Fundamentos de Derecho Civil”. Tomo II, Vol II... cit, pág. 425. CASTÁN TOBEÑAS, J: “Derecho Civil Español, común y foral”. Tomo IV... cit, pág. 561. Sobre este tema también DE LA CÁMARA ALVAREZ, M: *“La revocación del mandato y el poder”*. AAMN. Madrid 1948, pág. 555 y ss. En este tema, podría entenderse que los supuestos de

básica por la sola voluntad unilateral del mandante". También podría tratarse de una renuncia del representante, aunque ésta sólo explica los supuestos de expulsión y no los de baja. En mi opinión, la razón esencial es que la relación básica cooperativa y la representación se encuentran esencialmente unidas, siendo la primera básica y fundamento de la segunda, por lo que la duración de aquélla afecta a ésta, incluso en los supuestos excepcionales de baja o expulsión. Además, incluso aunque nos refiramos a estos casos como supuestos de extinción de la representación, por revocación en caso de baja y renuncia en caso de expulsión, o por cese de la relación jurídica principal conexas – con la que forma un todo indivisible¹⁰⁵ –, el tercero que se sitúa en la posición del socio saliente asume también la representación de la Cooperativa y todas sus funciones, puesto que se subroga en lugar del anterior -los efectos prácticos de aquélla quedan salvados-.

En otros ordenamientos la relación cooperativa afecta también a la representativa y a la transmisión de la vivienda, aunque la intermediación de la Cooperativa difiere de la visión de la representación en nuestro ordenamiento. En Italia, en general, la duración de las relaciones entre la Cooperativa y los socios se extiende durante los periodos o fases en los que se desarrolla la actividad cooperativa, la construcción de la vivienda, pudiendo finalizar antes, de forma total o parcialmente respecto de algún socio concreto, o continuar después de la adquisición de la propiedad de las viviendas -no podemos olvidar que la doctrina italiana hace hincapié en la relación de la transmisión de la vivienda con la transferencia de la participación social¹⁰⁶-. Es en "*las Cooperativas de construcción*,

baja en la Cooperativa corresponden a una revocabilidad llamada obligacional, en que la revocación del mandante provoca la obligación de indemnizar, revocabilidad planteada por el autor en la pág. 601 y ss.

¹⁰⁵ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M: "*La revocación del mandato y el poder*". AAMN, Madrid 1948, pág. 613 y ss. En la pág. 636 y ss se refiere a la dependencia de la relación básica a efectos de revocación del poder.

¹⁰⁶ La transmisión de la vivienda, como relación mutualística en curso, se estudia desde otro punto de vista, en relación con la transferencia de la participación social y las consecuencias de ésta. BASSI, A: "*Commentario al Codice Civile*" diretto da Piero Schlesinger, Arts. 2511 a 2548. Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici. Giuffrè editore, Milano 1988, pág. 568 y ss. En este sentido BASSI destaca, además, varios problemas: 1. la relación con el derecho de prelación legal que tiene el aspirante a socio sobre la vivienda,

donde esta transferencia de la participación social representa el medio más frecuentemente usado, junto a la baja a través del cual los socios transfieren sus derechos adquiridos sobre el inmueble en construcción haciendo entrar a un tercero en la posición de reservatario, asignatario o propietario definitivo del bien.” La transferencia de la relación mutualística, de naturaleza contractual, se configura como un cesión de contrato posterior y distinta respecto a la cesión de la cuota social; y a falta de normas estatutarias que regulen tal cesión se aplicarían las reglas de la cesión de contratos.

También se admite la posibilidad de que el socio cause baja o sea expulsado como un caso de extinción de la relación entre la Cooperativa y el socio con consecuencias respecto a la vivienda¹⁰⁷ - que provoca la entrada de un nuevo socio, al ser sustituido por el aspirante que se encuentre en primer lugar-. Asimismo se extingue la relación de socio, que es sustituido por otro¹⁰⁸, si aquél pierde los requisitos para serlo en el momento de reserva o de asignación (art. 95 del TU), o los requisitos de asignación, por falta de pago (art. 103 del TU, no es automático el cese respecto de la vivienda), o si no procede a la

admitido en Cooperativas subvencionadas. 2. La existencia frecuente de maniobras especulativas (evasión fiscal) en este tipo de transmisiones, con venta real a precios de mercado aunque oficialmente lo sea por un valor nominal. 3. Los administradores que autorizan la cesión, con lo que implícitamente reconocen que el tercero cumple los requisitos para ser socio. 4. Parece admitirse que la cesión de la participación social no implica necesariamente y automáticamente la cesión de la relación contractual para el goce de los beneficios mutualísticos, pudiendo quedar el cedente como un tercero relacionado con la sociedad en razón de su participación social (en la medida en que sea posible dicha relación). Esto último me parece discutible en las Cooperativas de viviendas, en las que el contenido de la relación social corresponde casi exclusivamente a la relación mutualística de obtención de la vivienda prevista; no creo que la transmisión de la vivienda y la de la participación social puedan ser independientes. Además, en general, pienso que es difícil mantener esta hipótesis, que podría chocar con el derecho de aspirantes y del resto de socios.

¹⁰⁷ GROSSO analiza los supuestos de baja y expulsión del socio (artículo 103 del TU de 1938). No analiza esta autora el supuesto de Cooperativas de construcción y si las de producción y trabajo, puesto que afirma que estos últimos casos son más graves (relacionados con el trabajo como medio de vida) que los de la simple pérdida de la vivienda, en caso de expulsión de una Cooperativa de construcción. GROSSO, P: *“I controlli interni nelle cooperative”*. Quaderni di Giurisprudenza commerciale AG Giuffrè editore, Milano 1990 pág. 75 y ss. En el caso de expulsión, cita algunas conductas o perfiles concretos de la regulación cooperativa que provocan la expulsión y son asimismo sanciones. Entre otros se encuentra la obligación de colaborar con la sociedad, cuya ausencia puede sancionarse como incumplimiento contractual o como contrario al principio de buena fe en ejecución del contrato. La omisión de esta actuación provoca la expulsión del socio, que a su vez tiene como consecuencia el cese de las relaciones entre la Cooperativa y el socio relativas a las actividades de ésta.

ocupación de la vivienda en plazo (art. 98), y también si la asignación es impugnada por vicios, anulándose, y en los de muerte del socio. Como observamos, el legislador italiano se ocupa de regular la posibilidad de transmisión de la vivienda, o de los derechos sobre ésta, teniendo en cuentas las diversas fases del procedimiento de adquisición de la propiedad, que serán objeto de análisis en el capítulo siguiente¹⁰⁹. Es interesante el planteamiento italiano de distinguir la transmisión en la participación mutualistica -la actividad cooperativa- de la transmisión de la participación social. Sin embargo, ello no parece aplicable a nuestras Cooperativas, excepto en los casos en que un socio se convierta simplemente en asociado que participa exclusivamente en el capital social, o al contrario, y ello porque en nuestro ordenamiento todos los socios “*usuarios*” están obligados a participar en la actividad cooperativa. En este sentido hay que destacar lo afirmado por algunos autores¹¹⁰ en orden a la doble condición de socio y usuario. Esta dualidad expresa de forma clara la diversidad de situaciones que integran la Cooperativa: en la condición de socio, además de los derechos y deberes derivados de dicha condición, son esenciales y consustanciales a ella el derecho y deber de participar en la Cooperativa de viviendas como usuario¹¹¹.

En Francia la actividad de la cooperativa es la promoción y construcción de inmuebles para su distribución, junto con la gestión y mantenimiento de los inmuebles hasta la

¹⁰⁸ PERINI, M: “*Editizia economica e popolare*”. Novissimo Digesto italiano, vol. VI. UTET 1968, pág. 396 y ss

¹⁰⁹ Son especialmente novedosas las posibilidades de cese de la condición de socio, teniendo en cuenta la fase en que se encuentra respecto de la actividad cooperativa, que serán analizadas en el siguiente capítulo, en que se intentarán adaptar éstas a nuestro ordenamiento.

¹¹⁰ FAJARDO GARCÍA, G: “La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios” ... cit. pág. 75. Afirma que “Esta doble condición de socio y usuario, elemento clave del denominado principio mutualista, ha sido considerado tradicionalmente por la doctrina más autorizada, como la esencia de la institución cooperativa, sin la cual es difícil concebir el cooperativismo.” En tal sentido cita a LLOBREGAT HURTADO LLOBREGAT HURTADO, M^a. L: “Mutualidad y empresas cooperativas”. Bosch, Barcelona 1990, pág. 34. LLUIS Y NAVAS, J: “Derecho de Cooperativas”. Tomo I. Bosch, Barcelona 1972, pág. 30. SERRANO Y SOLDEVILLA, AD: “*La Cooperativa como sociedad abierta*”. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Sevilla 1982, pág. 73. Es una cuestión por todos conocida en la actualidad, sobre la que no se plantea ninguna duda.

puesta en funcionamiento de una organización distinta¹¹², art. L-213-1 del Code de la construction. Se prevé la desaparición de la Cooperativa al finalizar la construcción, que es sustituida por otra organización diferente, la propiedad horizontal posterior iniciada con la primera atribución o venta. No se permite la cesión voluntaria "inter vivos" a título oneroso de la posición cooperativa durante la construcción, según expresa el art. L. 213-11, y ello para evitar la especulación; y tampoco se permite dicha cesión respecto de las partes o lotes, ni respecto del contrato de venta del tipo que sea (en estado de acabado futuro o a término). Sin embargo, no se hace referencia a la prohibición de cesiones gratuitas y por causa de muerte. Antes o después de la construcción la cesión de derechos sociales o de los derechos sobre el inmueble es libre (aunque, para evitar especulaciones, puede someterse a que el precio sea el mismo pagado para su construcción)¹¹³. Podría plantearse una regulación similar para nuestras Cooperativas de viviendas, de libertad en la cesión de derechos si no ha comenzado la construcción, aunque quizá sometida a la sustitución por otro socio.

¹¹¹ FAJARDO GARCÍA, G. "La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios" ... cit., pág. 80.

¹¹² SAINT-ALARY, G. : "Répertoire DALLOZ" : Droit des sociétés, coopératives d'habitation, tomo II. Dalloz, Paris 1989, pág. 3. Este autor manifiesta que la razón de esta limitación es la voluntad del legislador a poner un término a la actividad de su cooperativa después que ésta realice su objeto principal.

Opina WALLET, P. : "Répertoire DALLOZ" : Droit des sociétés, coopératives de construction, tomo II. Dalloz, Paris 1994, pág. 6, que "la sociedad cooperativa es un cuadro jurídico de realización de una operación de construcción que debe desaparecer después de la realización de las ventas o atribuciones a los asociados. Son sociedades en las que la duración es en principio relativamente corta, a excepción de las sociedades cooperativas que se benefician de una financiación HLM y practican las ventas a término, en las que la transferencia de la propiedad se produce con el pago integral del precio, eventualmente 25 años después de que finalicen los actos de la venta a término.

La sociedad cooperativa de construcción - atribución asegura la gestión y administración hasta la primera atribución resultante de la división en propiedad implicando la aparición de la copropiedad o de otra organización o asociación sindical. En las sociedades de construcción - venta, la copropiedad aparece desde el acabado del inmueble si ha habido al menos una venta en estado de acabado futuro o una venta de inmueble acabado."

¹¹³ WALLET, P. : "Répertoire DALLOZ" : Droit des sociétés, coopératives de construction, tomo II. Dalloz, Paris 1994, pág. 15. Tampoco puede olvidarse, como afirma este autor, que en el caso de las Cooperativas de construcción - atribución la cesión será de la parte o lote del socio, no de una vivienda concreta.

Como supuestos de cese de la relación social se regulan especialmente la dimisión del socio, subordinada a la autorización de la Asamblea General y permitiendo al que dimite presentar un nuevo socio, y la exclusión por motivos serios y legítimos. Respecto a ambas (art. L.213-10 a 12) se hace una referencia especial a sus efectos¹¹⁴ si se producen antes del acabado de las viviendas. Se prevén las consecuencias que tiene la pérdida de la cualidad de socio sobre los derechos inmobiliarios, pero no la situación contraria, venta de vivienda y efectos sobre la cualidad de socio, quizá porque no es posible que se produzca¹¹⁵ al igual que ocurre en nuestro país. WALET estima que, *“mientras en las sociedades cooperativas de construcción - atribución, la unión entre derechos sociales y derechos inmobiliarios es perfecta, no es igual en las sociedades cooperativas de construcción - venta”*. Este autor plantea que no se regula la dimisión (o expulsión añadido yo) antes o después del período de construcción¹¹⁶. En este tema, el legislador portugués

¹¹⁴ Estos efectos son : la asunción de las obligaciones por los otros socios (hasta que sea reemplazado por otro), el derecho de reembolso de las sumas aportadas por él (cuando el nuevo asociado pague las sumas correspondientes al anterior, y como máximo en los seis meses siguientes), la resolución de pleno derecho del contrato de venta de vivienda, si éste se produjo.

¹¹⁵ WALET, P : “*Répertoire DALLOZ*” : Droit des sociétés, cooperatives de construction, tomo II. Dalloz, Paris 1994, pág. 14.

¹¹⁶ WALET, P : “*Répertoire DALLOZ*” : Droit des sociétés, cooperatives de construction, tomo II. Dalloz, Paris 1994, pág. 14.

Sobre el tema, también SAINT-ALARY, G : “*Répertoire DALLOZ*” : Droit des sociétés, cooperatives d’habitation, tomo II. Dalloz, Paris 1989, pág. 19 afirma que, respecto de las Cooperativas de construcción - atribución, en general, la duración dependerá de la consecución del objeto social o de la extinción previa de la Cooperativa por otras circunstancias. La disolución de la Cooperativa se producirá según las normas de la sociedad cuya forma ha adoptado. Todo asociado puede retirarse de la Cooperativa y obtener la atribución en propiedad de su lote, si constata el fin de la construcción ; pudiendo también demandar al Juez que constate el acabado de los inmuebles y se actúe en consecuencia (art. L. 213-12). También puede retirarse después de la disolución, acelerándose ésta. La disolución de la sociedad cooperativa de construcción - venta no afecta a la transmisión de propiedad de las viviendas, y puede producirse por la llegada del término previsto o por decisión de los asociados en la Asamblea general, una vez que se constate, respecto del programa no de las series, el acabado de la obra y la aprobación de las cuentas definitivas.

Si el asociado no cumple con sus obligaciones, la Cooperativa puede proceder a la venta forzosa de sus derechos sociales, art. L. 213-10. Si la Cooperativa no cumple sus obligaciones, se repartirá el activo entre sus asociados según las normas de derecho común aplicables al tipo de sociedad elegida según la forma

prevé también la posibilidad de cesar en la relación cooperativa por baja o expulsión, con efectos sobre las viviendas¹¹⁷.

En nuestro ordenamiento jurídico la relación de representación, con una duración generalmente determinada, no se ve afectada por supuestos de cese –baja, expulsión, muerte- anteriores a la entrega de las viviendas, teniendo en cuenta que los terceros contratan con el representante, la Cooperativa, y que el representado es necesariamente sustituido por otro. Podría proponerse la inclusión de las precisiones del legislador italiano, y alguna del francés, ya referidas en el desarrollo anterior de su regulación, y poner en duda la existencia de sanciones elevadas en los casos de baja o expulsión, que afectan tanto al capital social como a la actividad cooperativa, y además son abonados al socio en un plazo de tiempo demasiado prolongado.

2.2.3. Relaciones jurídicas que existen en la representación, y sujetos que intervienen en ellas.

Una vez planteados como tipos de representación las formas de actuación en nombre propio o ajeno, y admitiendo que la relación entre la Cooperativa y el socio es un supuesto de actuación de la Cooperativa en nombre propio, por cuenta e interés del socio, vamos a estudiar otras cuestiones de interés en orden a su aplicación al supuesto cooperativo y la fijación de su contenido.

¹¹⁷ Portugal regula las cuestiones de ingreso, baja y exclusión y la disolución de la Cooperativa en el Código Cooperativo, DL 454/80 de 9-10. Así, las diversas situaciones de ingreso, baja y exclusión por infracción de los derechos y deberes sociales, en los artículos 29, 34 y 35 (entre estos últimos se encuentran el deber de participar en las actividades cooperativas). En materia específica de viviendas, el DL 218/82, recoge la transmisión de las viviendas, los socios pueden transmitir la vivienda después del pago total del precio, pero la cooperativa tiene un derecho preferente durante 30 años en los casos de financiación pública, como así afirma el artículo 23: “*Artículo 23. Derecho preferente. 1. Los cooperativistas podrán transmitir las viviendas de su propiedad después del pago total de su precio. 2. En el caso de transmisión inter vivos de viviendas construidas o adquiridas con financiación pública, la cooperativa tendrá un derecho preferente durante treinta años, contados a partir de la fecha de la primera entrega de la vivienda, que podrá ejercitar por el valor resultante con base en el artículo 15 de esta norma, corregido en función de un coeficiente a determinar anualmente por orden del Ministro de Vivienda, Obras Públicas y Transportes. 3. Los Estatutos podrán prever que la cooperativa también tenga derecho preferente en caso de transmisión de viviendas para cuya construcción o adquisición no haya mediado financiación pública.*” MONTOLIÓ, JM.: “Legislación cooperativa en la Comunidad europea”. INFES, Madrid 1993, pág. 1069.

Para admitir la calificación de representación debe analizarse en primer lugar si las características de ésta se cumplen en el supuesto cooperativo, y si pueden distinguirse la relación origen, la relación representativa y el negocio representativo, y los sujetos que participan en ella¹¹⁸.

En el caso que se analiza, las Cooperativas de viviendas, la relación representativa es la que se produce entre la Cooperativa y los socios, actuando la primera como representante de éstos; y es la relación jurídica que analizamos, teniendo en cuenta su especial conexión con la relación origen. La relación origen es el negocio de constitución de la cooperativa, una vez excluidas otras posibilidades como la gestión de negocios ajenos sin mandato, o el mandato. Los negocios representativos que se celebran con terceros son múltiples y diversos. Los principales son: la compraventa, cesión o permuta del solar, el contrato de obra con la empresa constructora, el arrendamiento de los servicios de arquitectos y aparejadores, el préstamo hipotecario contratado con el Banco, el mandato o arrendamiento de servicios celebrado con la empresa gestora...; pero pueden celebrarse otros según las necesidades del momento y los casos concretos; y variar también en otros supuestos, a los que nos referiremos en otro momento, en los que existe una construcción por la propia Cooperativa -compra materiales- o una gestión de la construcción por sí misma -contratando servicios concretos con los profesionales que puedan realizarlos-, así como una gestión general del objeto de la Cooperativa -por los órganos cooperativos-, sin acudir a empresas gestoras ajenas.

¹¹⁸ DIEZ, PICAZO, L. "*La representación en derecho privado*" ... *cit.*, pág. 65 y ss: La relación origen puede ser un contrato de mandato, trabajo, sociedad, gestión de negocios sin mandato, una situación de cotitularidad, o una relación familiar. La relación representativa es el conjunto de derechos y deberes que surgen cuando una persona actúa como representante de otra. A esta última se aplican en general las normas del mandato por ser el único supuesto de contrato con relación representativa regulado en el Código Civil. El negocio representativo es aquel que se celebra entre el representante, por cuenta del representado, y el o los terceros.

Los sujetos entre los que se produce la relación representativa son tres, aunque la relación en si tiene lugar entre el representante y el representado. De una parte la Cooperativa, como representante¹¹⁹, y cada uno de los socios representados o principales¹²⁰, y de otra los terceros con los que se contrata, que pueden ser muchos y variados, vendedor del solar, arquitecto, constructor, gestora... En la relación representativa entre la Cooperativa y los socios debemos referirnos especialmente a la figura del socio usuario¹²¹. La Cooperativa actúa a través de sus órganos, cuyas especialidades serán planteadas en el capítulo quinto, especialmente destinado a la gestión. Los efectos de la posible gestión representativa de la Cooperativa recaen, en última instancia, sobre los socios, puesto que ésta actúa por cuenta de ellos, aunque lo haga en nombre propio.

La relación origen, el negocio jurídico de constitución de la Cooperativa, relativamente independiente aunque conexo con la representativa, no precisa un estudio a fondo por su

¹¹⁹ DIEZ PICAZO, L: "*La representación en derecho privado*" ... *cit*, pág. 78-79. Respecto de la posibilidad de que una persona jurídica sea representante de otra persona, DIEZ PICAZO afirma que, aunque puede ser difícil de plantear, y ello porque la persona jurídica actúa a su vez mediante representantes orgánicos, no puede negarse su admisión. En tal caso, continúa este autor, de su actuación respondería el patrimonio de la persona jurídica. Nos encontramos, en tal supuesto de representación por persona jurídica, al afirmar la relación representativa entre la Cooperativa y el socio. Hemos resuelto la aparente dificultad que supone que la Cooperativa esté representada a su vez por sus órganos, dificultad que no es tal, de acuerdo con las notas de la representación orgánica (teoría monista) puesto que la actuación de los órganos y las personas físicas que los encarnan se entiende realizada por la persona jurídica que representan, y que actúa por ellos.

¹²⁰ DIEZ PICAZO, L: "*La representación en derecho privado*" ... *cit*, pág. 141. Deberemos averiguar si puede tratarse de un caso de pluralidad de poderdantes, que, en opinión de DIEZ PICAZO, es posible y tiene lugar cuando varias personas (consocios) apoderan a una para que las represente conjunta o separadamente. En el supuesto de Cooperativas de viviendas no se produce una representación plural sino singular, de cada socio respecto de la Cooperativa, lo que no obsta para que su ejercicio se realice según los momentos a favor de cada socio o de todos ellos. Sobre esta cuestión volveremos al final del apartado relativo a la representación, puesto que puede tener consecuencias importantes.

¹²¹ Sujeto que ha sufrido algunas modificaciones respecto de la LGC. Según el art. 12 de la LC pueden ser: personas físicas o jurídicas, públicas o privadas y, novedosamente, "*las comunidades de bienes*"; BOCG de 30-3-1999. Congreso de los diputados. Serie A, n° 125-12 y Dictamen de la Comisión en BOCG de 24-5-1999. Senado. Serie A, n° 136-e. El texto inicial de este artículo no sufre ninguna alteración en su tramitación en el Congreso y Senado. En las Cooperativas de viviendas, el art. 89 – en la línea del actual 129.1- se refiere a las personas físicas, y entes públicos o entidades sin ánimo de lucro que precisen alojamiento para personas físicas o locales para si. Se suprime la admisión expresa de Cooperativas como socios –pueden entenderse incluidas en la expresión "entidades sin ánimo de lucro" – y se evita la referencia al mercantil. Se incorpora novedosamente la necesidad de alojamiento para las personas físicas dependientes de las personas jurídicas, que precisen residencia por razón del trabajo impuesta por razones de movilidad geográfica laboral y que la LGC de 1987 no tenía en cuenta.

carácter instrumental respecto de la adquisición de la vivienda por el socio, así como por su regulación exhaustiva en las normas cooperativas. Sin embargo, puesto que es la única regulada en la LC y en las normas autonómicas, se aludirá a ella en algunos aspectos que son útiles a los efectos de la representación, teniendo en cuenta que la representación es ejecutada por los órganos cooperativos, cuyo régimen, facultades y deberes son los únicos regulados en la Ley.

Respecto a los negocios representativos que se celebran con terceros, propietario del solar, constructor, gestora..., nos referiremos a ellos en el último capítulo de la tesis, especialmente el de gestión, específico y singular en las Cooperativas de viviendas, aunque esbozaremos los problemas prácticos más acuciantes de todos ellos.

2.2.4. Relación representativa. Objeto y contenido. Efectos jurídicos.

La relación representativa debe tener como objeto¹²² la actuación del representante, consistente en una prestación de hacer respecto de los asuntos del representado. La Cooperativa queda obligada, entre otras cuestiones, a representar al socio en todo lo relativo a la promoción y construcción de las viviendas dentro su objeto social como persona jurídica –art. 89 LC, 129 LGC–, ocupándose de la recepción de las cantidades aportadas por los socios para las viviendas y posteriormente de la adjudicación y entrega de la vivienda al socio, y actuando frente a terceros, si es que se acude a ellos.

Se plantea la duda de si el objeto de la relación representativa, el asunto del que se ocupa la cooperativa, es absolutamente ajeno a ella misma, condición que parece exigirse en la representación¹²³, teniendo en cuenta que, aunque tiene personalidad jurídica independiente, está constituida por los socios representados. Parece que es ajeno, aunque

¹²² DIEZ PICAZO, L: “La representación en derecho privado” ... cit, pág. 81.

¹²³ La ajenidad es un requisito objetivo de la representación, como afirma DIEZ PICAZO, L: “La representación en derecho privado” ... cit, pág. 98.

no de forma absoluta como hemos visto con relación al contrato de mandato. Sin embargo, a efectos de la representación, estimamos que podría bastar la ajenidad relativa que existe entre Cooperativa y socios.

En orden al contenido de la relación representativa deben analizarse los derechos y deberes de Cooperativa y socios.

El estudio de los deberes, y derechos recíprocos, se va a plantear, respecto de la teoría de la representación en general, para posteriormente relacionarlos con el supuesto analizado de Cooperativas de viviendas y las normas de la LC que puedan aplicarse -algún aspecto es diferente de la anterior LGC, pero la esencia es la misma-, generales y específicas -no se analizan las normas de las CCAA, que son similares a las de la Ley general, por razones de necesaria delimitación del objeto de estudio-. Así lograremos averiguar los derechos y deberes exigibles a la Cooperativa de viviendas y a los socios, según la regulación cooperativa específica, y añadir a ellos los establecidos en materia de representación por el CC, derecho común y supletorio. Como veremos, la aplicación de este esquema al supuesto cooperativo, ofrece grandes ventajas para el correcto funcionamiento de la Cooperativa, y la protección de los socios que la integran.

1. Deberes del representante.

1.1. Representación en general.

Según la teoría general de la representación -extraídas sus normas, en parte, del contrato de mandato- puede afirmarse la exigencia de ciertos deberes¹²⁴ del representante, una vez asumida y ejercida la representación por el representado. Resumiendo la visión de DIEZ PICAZO, bajo la idea de “*intuitus personae*” y de confianza, los deberes del representante son los siguientes: fidelidad, realización de la gestión, comunicación,

¹²⁴ DIEZ PICAZO, L: “*La representación en derecho privado*” ... cit, pág. 100 y ss. También desarrollados por LEÓN ALONSO, JR: “*Comentarios al Código Civil...*” ... cit, art. 1709 y ss, pág. 203 y ss.

custodia de bienes y efectos del representado y lealtad. La fidelidad implica un comportamiento según la confianza prevista, y la preferencia del interés gestionado sobre los intereses del gestor. La realización de lo encargado (art. 1718 CC, 252 C de c) supone una obligación de actividad y de medios, no de resultado, y debe ser efectuada por el representante, o por sus dependientes o auxiliares materiales (art. 261 C de c). Antes del cumplimiento, la responsabilidad se produciría por omisión. Las directrices del desarrollo de la gestión son la legalidad (art. 259 C de c), las instrucciones del principal (art. 1719 CC, 254 C de c) y la conducta normal y usos generales del tráfico (art. 1719 CC, 1255 C de c). Los deberes de comunicación comprenden la información (art. 1720 CC, 260 C de c), consulta (art. 255 y 258 C de c) y la rendición de cuentas a los socios.

Es especialmente importante la rendición de cuentas al representado, inserta dentro de los deberes de comunicación. El contenido de esta obligación es¹²⁵ rendir cuentas -por medio de documentos justificados-, entregar el saldo favorable al representado y liquidar las sumas debidas entre representante y representado -sumas y medios puestos a disposición para el ejercicio de la representación, gastos de lo actuado y de la propia rendición-. La obligación de rendición de cuentas debe entenderse en sentido amplio¹²⁶, no sólo económico, comprendiendo también el deber de información sobre la marcha de los negocios, desde el inicio hasta el fin de la representación, unida a la administración del objeto social de la Cooperativa, y debe fundarse en la realidad y no en hipótesis. En caso de incumplimiento de las obligaciones, doloso o con culpa, puede exigirse responsabilidad al representante, con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios.

¹²⁵ ALBALADEJO, M: "Derecho Civil I". Vol. 2º... *cit*, pág. 410.

También se exige la custodia y conservación de los bienes y efectos del representado, del representado para el tercero o del tercero para el representado (art. 265, 266, 257 C de c, y 1183 CC). El deber de lealtad, que se apoya en el principio de buena fe (art. 1258 CC), presenta múltiples aspectos, entre los cuales se citan: cumplir con la finalidad exigida (art. 1724 CC), no ocultar al representado los intereses del representante, prohibición de competencia (art. 288 C de c), retribución del representante que no incluya las ventajas económicas del tercero al representado, exclusividad si se pacta, deber de secreto, prohibición de la autocontratación, prohibición de la compra de bienes del representado...

Puesto que admitimos la función representativa de la Cooperativa respecto del socio, deberemos analizar si la propia regulación cooperativa, de viviendas y general, exige alguno de los deberes citados a la Cooperativa como representante del socio, en defecto de la cual se aplicarán los citados deberes correspondientes a la representación en general.

1.2. Ley de Cooperativas de 1999.

La regulación actual de las Cooperativas no se ocupa de la relación representativa, ni siquiera de forma genérica, porque no la tiene en cuenta; y mucho menos de los derechos y deberes de los sujetos que intervienen en ella, limitándose a regular la relación originaria de constitución de la Cooperativa y su contenido en general, derechos y deberes de los socios, y, de forma dispersa, los deberes de representación de los órganos de la Cooperativa (Consejo Rector, Interventores). Estos deberes de representación de los órganos, básicos en la estructura de la Cooperativa constituida y en su funcionamiento como persona jurídica, pueden aplicarse a la relación representativa de la

^{12a} LEÓN ALONSO, JR: "Comentarios al Código Civil..." cit, art. 1709 y ss, pág. 235 y ss. HERNÁNDEZ MORENO, A: "Comentarios al Código Civil..." art.1716, 1717 y 1725, tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid

Cooperativa respecto de los socios. Son normas generales de organización interna para todas las clases de cooperativas, incluidas las de viviendas, aunque para cada tipo de Cooperativas la propia LC prevé algunas normas específicas. Al igual que ocurre en la regulación general, los escasos artículos referentes a Cooperativas de viviendas no se ocupan de la función de representación en la construcción y transmisión de la vivienda, por lo que serán aplicables a las mismas las normas generales de organización cooperativa, así como, a efectos interpretativos de las anteriores y supletoriamente, las generales del CC sobre representación.

A. Normas específicas de Cooperativas de viviendas.

Dentro de las normas específicas de Cooperativas de viviendas, artículos 89 a 92 de la LC –similares a los art. 129 a 132 de la LGC–, y con relación a la actuación de los órganos de la Cooperativa, pueden destacarse los siguientes aspectos, poniéndolos siempre en relación con los deberes generales de todo representante.

- I. En materia del cumplimiento de la gestión o de lo encargado, dentro de la legalidad, instrucciones del principal y usos generales del tráfico, puede citarse, aunque sea excesivamente genérico, la concreción del objeto social de la Cooperativa, consistente en *“asociar a personas que precisen alojamiento y/o locales... edificaciones e instalaciones complementarias”*, para cuyo cumplimiento desarrollarán las actividades y trabajos necesarios (artículo 89.1º y 2º -el art. 129.1 de la LGC se refería a *“procurar a sus socios viviendas y/o locales...”*). Este objeto social puede servir como límite interno en la relación representativa entre la Cooperativa y los socios, que en caso de ser violentado conlleva la responsabilidad de los órganos cooperativos que actuaron. Según las normas generales de la

representación civil, y las específicas de las cooperativas, art. 32.1 LC -art. 53 LGC- relativas al Consejo Rector, que serán analizadas más adelante, así como la opinión doctrinal y jurisprudencial actual, la concreción y límites estatutarios del objeto social no tienen efectos frente a terceros, lo que no afectará a límites legales imperativos, o frente a terceros que actúen probadamente de mala fe.

La obligación de realización de lo encargado, exigible a la Cooperativa por el contrato de constitución de la misma, es de actividad, no de resultado¹²⁷, lo que no impide que su incumplimiento tenga consecuencias, no reguladas totalmente en la LC, pero aplicables según la teoría general de obligaciones. El incumplimiento de la Cooperativa respecto del socio puede ser de varios tipos, previo o inicial, posterior durante la vida cooperativa, defectuoso y moratorio.

La Ley de Cooperativas prevé que el incumplimiento continuado durante más de dos años, incumplimiento definitivo y moratorio que deviene incumplimiento absoluto es, desde el punto de vista de la organización cooperativa, causa de disolución de la Cooperativa (art. 70¹²⁸ LC, 103 LGC). En este caso, la propia Ley opta por la resolución o extinción del contrato cooperativo y de toda relación entre la Cooperativa y el socio y, aunque no se refiera a ello, sería exigible a la Cooperativa -a sus órganos o a la empresa gestora contratada- una indemnización por los daños y perjuicios causados en caso de negligencia o dolo, en base a la teoría general de obligaciones.

¹²⁷ Debe recordarse, como afirma DIEZ PICAZO, que según las reglas del CC, art. 1718, 1726 y 1729, el mandatario obligado a realizar una actividad de gestión y no de resultado, responde según la diligencia exigible, por dolo y culpa, que podrán moderar los tribunales. DIEZ PICAZO, L: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Tomo II. Civitas, Madrid 1996, pág. 583.

¹²⁸ "Art. 70. Causas de la disolución. 1. La sociedad Cooperativa se disolverá: C. Por la paralización o inactividad de los órganos sociales durante dos años, sin causa justificada, de tal modo que imposibilite su funcionamiento..." Se incluye expresamente el cumplimiento imposible en el punto E del mismo artículo: "3. Por la imposibilidad de su cumplimiento."

El incumplimiento de la actividad de gestión previo al desarrollo de dicha actividad - socios inscritos, aportan capital social y esperan la construcción que nunca comienza- debe tener unas consecuencias menores que el incumplimiento que tiene lugar durante la vida cooperativa -construcción paralizada sine die-, aunque en ambos casos sería exigible la resolución del contrato, ya que no es posible obligar al cumplimiento de lo pactado, con devolución de lo aportado por cualquier concepto, capital social y aportación para viviendas, así como intereses, si ha habido culpa o dolo, en concepto de indemnización por daños y perjuicios. Además, como manifiesta LEÓN ALONSO¹²⁹, en los casos de cumplimiento parcial, éste obliga a los representados, socios, en la cuantía y condiciones actuadas, circunstancia que se une a la responsabilidad de la gestión cooperativa defectuosa de los órganos o empresa gestora, por los resultados lesivos causados en los socios, que también responden en los casos de desistimiento justificado que ocasione una desventaja a los socios, y en los casos de incumplimiento.

Si el cumplimiento es defectuoso, siempre que no sea de tal entidad que se equipare al incumplimiento e implique la resolución, podrá exigirse el cumplimiento debido, y la indemnización por daños y perjuicios si ha habido dolo o negligencia.

En caso de mora, podrá pretenderse el cumplimiento y la indemnización por daños y perjuicios. En el supuesto cooperativo, según la regulación general, debemos distinguir la mora que tiene lugar durante un plazo máximo de 2 años, de la que supera éste que, como ya hemos visto, se equipara al incumplimiento definitivo.

Todos los supuestos citados conllevan la exigencia de responsabilidad a los órganos de la Cooperativa, como responsables de la gestión, salvo que ésta se haya encargado a una

¹²⁹ LEÓN ALONSO, JR: “*Comentarios al Código Civil...*”, *cit.*, art. 1709 y ss, pág. 207 y ss. Este autor hace referencia al cumplimiento parcial, desistimiento justificado y al incumplimiento del contrato de mandato, cuyos

empresa gestora, en cuyo caso ésta responderá del cumplimiento de la gestión en los términos expresados. La función representativa de la Cooperativa sólo la obliga a actuar una vez admitida e iniciada la actividad representativa, no antes, lo que excluye el deber de cumplimiento previo basado en la representación -aunque es exigible por la relación cooperativa origen-. Durante la vida cooperativa el resto de incumplimientos producen los efectos citados, optándose por la resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios si el cumplimiento no es posible.

En cualquier caso en la representación en sí, al tratarse de una obligación de actividad, es más frecuente el cumplimiento defectuoso o moratorio que el incumplimiento total, que además sería difícil de probar al exigirse la inactividad al margen de los resultados.

Además de los supuestos de incumplimiento que generan la responsabilidad de los que actúan por la Cooperativa, hay otros supuestos en que también surge una responsabilidad externa. Nos referimos a la responsabilidad de la Cooperativa, y de los socios representados, respecto de los contratos celebrados con terceros para la consecución del objeto social, de las viviendas. En cada negocio jurídico que tenga lugar con terceros, contratos de obra, arrendamiento de servicios, compraventa..., deberá analizarse el cumplimiento de la Cooperativa y terceros, y de los socios representados. No es equiparable el incumplimiento de la Cooperativa, sus órganos, que no cumple con los terceros, del de los socios que no pagan el coste de su vivienda. La responsabilidad por incumplimiento de la Cooperativa se exige externamente por terceros a ésta, o de forma interna por los socios a los órganos de gestión defectuosa. La responsabilidad por incumplimiento del socio corresponde a la Cooperativa en todo caso, y a los terceros si aquél ha recibido el objeto del contrato celebrado con éste, o si la Cooperativa se ha

criterios son aplicables, junto a los del derecho de obligaciones, a la relación representativa basada en el contrato

disuelto. En algún caso puede exigirse responsabilidad de gestión a la empresa encargada de la misma.

2. Al hilo del deber de comunicación, debe prestarse especial atención a la rendición de cuentas, mediante una auditoría, en algunos supuestos que la Ley contempla en el artículo 91¹³⁰ LC –art. 131 LGC-, y que afectan en la práctica a la mayor parte de casos de Cooperativas de viviendas. Con la intervención de auditores, sujetos externos, se logra un examen más imparcial de las cuentas, que influye positivamente en la actuación de la Cooperativa respecto de los socios. Entre estos supuestos se recoge uno interesante que puede aplicarse a la contratación de una empresa gestora, si la Cooperativa ha otorgado poderes sobre la gestión empresarial a personas físicas o jurídicas, distintas de los miembros del Consejo Rector –se suprime en la nueva Ley la referencia al Director-. En materia de representación civil en general se prevé la rendición de cuentas a los representados –socios- no a sujetos externos –auditores-, pero respecto de las Cooperativas la rendición de cuentas ofrece ambas posibilidades, con una regulación más amplia del deber de comunicación; así se impone una información general a los socios (derechos de información, consulta y rendición de cuentas), la rendición de cuentas a los interventores y a agentes externos en algunos casos (auditoría). Este deber de comunicación afecta a los órganos que conforman la estructura cooperativa, y es exigible tanto por ser órgano de la persona jurídica, como por la relación representativa entre la Cooperativa y los socios que

de constitución de la Cooperativa.

¹³⁰ “Art. 91.1. Las Cooperativas de viviendas, antes presentar las cuentas anuales, para su aprobación a la Asamblea General, deberán someterlas a auditoría, en los ejercicios económicos en que se produzca alguno de los siguientes supuestos: A) Que la Cooperativa tenga en promoción, entre viviendas y locales un número superior a 50. B) Cualquiera que sea el número de viviendas y locales en promoción, cuando correspondan a distintas fases, o cuando se construyan en distintos bloques que constituyan, a efectos económicos, promociones diferentes. C) Que la Cooperativa haya otorgado poderes relativos a la gestión empresarial a personas físicas o jurídicas, distintas de los miembros del Consejo Rector –la LGC se refería también al Director-. D) Cuando lo prevean los Estatutos o lo acuerde la Asamblea General.”.

implica un deber de comunicación en general. Su análisis debe completarse con lo que digamos respecto de las normas generales de la LC.

El cumplimiento del deber de someter las cuentas de la Cooperativa de viviendas, antes de su aprobación, a una auditoría se rige por la norma general del art. 62¹³¹ LC –art. 69 LGC–, a consecuencia de la remisión del 91.2¹³² –art. 131.2–. En esta materia se elimina la referencia del apartado sexto del citado artículo 69¹³³ en que se habían previsto varias soluciones al incumplimiento del deber, ya que si las cuentas eran aprobadas por acuerdo de la Asamblea sin previo informe de los auditores o revisores de cuentas, el acuerdo era impugnabile por los cauces previstos en el artículo 52. En caso de que los auditores no sean nombrados, o no acepten o renuncien, se acudirá al Registro de Cooperativas – no al juez como en la LGC– que puede designar a la persona que la realizará por cuenta de la Cooperativa. Se plantea la duda de que ocurrirá en caso de cuentas escandalosas que provoquen el rechazo de los auditores a otorgar dicha calificación, cuestiones que la LC no resuelve, salvo mediante el recurso general de los socios de impugnación de los acuerdos de la Asamblea por lesión de sus derechos (o por ser contrarios a la Ley o Estatutos, causas que no son viables en este caso). La LC elimina la prohibición de que ocupen funciones de auditoría personas que hayan desempeñado -durante los últimos

¹³¹ “Art. 62. 1. Las Sociedades Cooperativas vendrán obligadas a auditar sus cuentas anuales y el informe de gestión en la forma y en los supuestos previsto en la Ley de Auditoría..., o por cualquier otra norma legal..., así como cuando lo establezcan sus Estatutos o lo acuerde la Asamblea General. 2. Si la Cooperativa no está obligada a auditar sus cuentas anuales, el cinco por ciento de los socios podrá solicitar del Registro de Cooperativas que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor... 3. La designación de los Auditores corresponde a la Asamblea. 3. Cuando no hubiera nombrado... podrán pedir al Registro de Cooperativas que nombre a un auditor.”

¹³² “Art. 91.2.No obstante lo establecido en el apartado anterior, será de aplicación, en cualquier caso, a este precepto lo recogido en la presente Ley sobre esta materia”. Se elimina la referencia expresa al artículo que regula los temas de auditoría, como hacía la LGC.

¹³³ “Art. 69. Auditoría externa. 1. Cuando lo establezcan la Ley (art. 131 LGC) o los Estatutos o lo acuerde la Asamblea General, las cuentas anuales deberán ser verificadas por personas físicas o jurídicas ajenas a la Cooperativa... 6. Cuando la Cooperativa, de acuerdo con lo establecido en el número 1 de este artículo, esté obligada a someter las cuentas anuales a auditoría externa, la aprobación de las mismas por la Asamblea General sin el previo informe de los revisores será impugnabile por los cauces procesales previstos en el artículo

cuatro años- labores de administración, confianza o asesoramiento respecto de la Cooperativa –incluidas en el art. 69.2 LGC¹³⁴-,

Dentro del deber de lealtad se exige, en el artículo 89.6 LC¹³⁵ -art. 129.6 LGC-, la necesidad de exclusividad de los miembros del Consejo respecto de otras Cooperativas. Esta solución es positiva, aunque debiera estar acompañada de una regulación paralela del deber de competencia con la actividad de la Cooperativa, con relación al supuesto frecuente de miembros del Consejo que trabajan para la empresa gestora que administra la Cooperativa –el deber de no competir se regula en general respecto de los socios de la Cooperativa en el art. 15.2.f LC (en la LGC también se incorporaba a la condición de socio del art. 29 y como obligación general del 34 LGC). No debiera admitirse que se produzca esta dualidad de cargos, que puede provocar una colisión entre los intereses de la Cooperativa y los de la gestora. Tampoco se hace referencia en tal sentido, en materia de viviendas, a la prohibición de autocontratación de los miembros de órganos cooperativos consigo mismos -como socios y como órganos-, ni a la exigencia de no ocultar los intereses del representante, aunque ambos deberes les serán exigibles como socios cooperativos -así se recoge en las normas generales de la LC-. Al igual que en otras cuestiones el deber de exclusividad afecta a la actuación de los órganos cooperativos y, consecuentemente, a la relación de la Cooperativa con el socio. El incumplimiento de la exclusividad de los órganos cooperativos llevaría consigo la destitución de la persona en cuestión. Lo actuado por él será válido en la mayoría de los

52, sin perjuicio de poder solicitarla del Juez de Distrito, que ordenará la realización de la auditoria externa y, en su caso, designará la persona que haya de efectuarla, por cuenta de la Cooperativa."

¹³⁴ "Art. 69.2. En ningún caso podrá ser realizada la verificación de las cuentas por persona, que desempeñe o haya desempeñado en los últimos cuatro años puestos de administración o funciones de asesoramiento o de confianza en la Cooperativa. Tampoco podrá ser realizado por quien forme o haya formado parte del personal de la misma en el mismo período de tiempo ni por las personas que estén incurso en alguna de las prohibiciones que la presente Ley establece para los interventores."

¹³⁵ "Art. 89.6. Ninguna persona podrá desempeñar simultáneamente el cargo de miembro del Consejo Rector en más de una Cooperativa de viviendas."

casos, excepto que se pruebe que incumplió otros deberes legales o estatutarios, según dispone el art. 37.1¹³⁶ LC —se suprime la referencia a que el acuerdo en que participó lesionaba, en su beneficio, los intereses de la Cooperativa, en cuyo caso su actuación podía impugnarse para lograr su anulación, según estaba previsto en el art. 66 LGC¹³⁷—. En materia de representación en general se entiende que, en el supuesto de un abuso de poder, por no actuar en defensa del interés que se debe proteger, se pueden producir como consecuencias¹³⁸: la exigencia de responsabilidad al representante, la revocación del poder y la impugnabilidad del negocio representativo celebrado con tercero que no actúa de buena fe. Estas consecuencias pueden asumirse perfectamente en el supuesto cooperativo, lo que amplía lo previsto en la LC; aunque la que plantea más dificultades es la última, relativa a la impugnabilidad de los negocios celebrados con terceros que conocían la ilicitud de la actuación, conocimiento que deberá probarse necesariamente.

3. También se regula, en las Cooperativas de viviendas, una norma específica, restrictiva, sobre la ausencia de remuneración de los consejeros¹³⁹. Esta opción no es excesivamente favorable para la buena marcha de la Cooperativa, puesto que puede provocar que los consejeros se beneficien indirecta e indebidamente de las ventajas que recaen sobre la Cooperativa. No puede eludirse que la ocupación y conocimientos que exige la representación de la Cooperativa, al margen de la gestión

¹³⁶ “Art. 37. 1. Podrán ser impugnados los acuerdos del Consejo Rector que se consideren nulos o anulables en el plazo de dos meses o un mes, respectivamente, desde su adopción.”

¹³⁷ “Art. 66. Impugnación de los acuerdos del Consejo Rector. 1. Podrán ser impugnados según las normas y dentro de los plazos establecidos en este artículo los acuerdos del Consejo Rector que sean contrarios a la Ley, que se opongan a los Estatutos, o lesionen, en beneficio de uno o varios socios o asociados, los intereses de la Cooperativa”. En el caso citado, el acuerdo adoptado por el Consejo con intervención de un miembro que no cumple el deber de exclusividad podrá ser anulado por lesionar los intereses cooperativos, y no por oponerse a los Estatutos o ser contrario a la Ley, puesto que estas son causas distintas.

¹³⁸ ALBALADEJO, M: “Derecho Civil I”. Vol. 2º... cit, pág. 402.

¹³⁹ “Art. 89.6. ... Los miembros del Consejo Rector en ningún caso podrán percibir remuneraciones o compensaciones por el desempeño del cargo, sin perjuicio de su derecho a ser resarcido de los gastos que el desempeño del cargo les origine.”

de la misma, puede requerir que alguno de los consejeros, o el Presidente, sean personas profesionalmente dedicadas a ello, siempre que quede clara la obligatoriedad del deber de fidelidad y de la primacía de los intereses del representado para el representante. Esta profesionalidad podría chocar con el deber de exclusividad citado, por lo que surge la duda de cual de ellas debe prevalecer. Ante este problema existen dos opciones. Si se admite la exclusividad se favorecerá la existencia de órganos cooperativos sin dedicación a ello -cuyo cargo se limita sólo a la Cooperativa a la que pertenecen- y sin retribución, lo que facilita la contratación de empresas gestoras encargadas de la gestión cooperativa. Esta solución será positiva siempre que se controle la gestión externa. Si se opta por la retribución y profesionalización de la gestión hay que olvidarse de la exclusividad entendida como no competencia y como forma de evitar conflictos de intereses, aunque podría mantenerse la exclusividad de los órganos de la Cooperativa no retribuidos, junto a la profesionalización y retribución de la empresa gestora encargada de la administración. Esta última opción no evita conflictos de intereses respecto de la empresa gestora dedicada a gestión de cooperativas y promoción propia. Parece preferible mantener la ausencia de remuneración de los órganos cooperativos y su exclusividad, y el recurso a empresas gestoras ajenas, y ello porque así es más fácil delimitar los intereses de cada uno y evitar conflictos.

Si los consejeros han percibido retribución o remuneración por su cargo, incumpléndose la prohibición de la misma, es incierto lo que deba hacer la Cooperativa porque la Ley no lo prevé; por supuesto cesaría la retribución, e incluso podrían quedar obligados a la restitución, total o parcial, de lo cobrado indebidamente, en concepto de daños y perjuicios causados a los socios, si se demuestra que conocían esta prohibición o que no

podían desconocerla empleando la diligencia mínima exigible por su cargo, es decir, si actuaron sin diligencia o con mala fe. En este caso la responsabilidad se regirá por lo dispuesto para los administradores de las SA como dispone el art. 43 LC –según la LGC, art. 64 y 65, podían cesar en sus cargos, ser destituidos por acuerdo de la Asamblea General-. Dejamos constancia de nuestro desacuerdo con la remisión a las normas de la SA y el “olvido” de normas cooperativas específicas.

No existe ninguna norma en materia de Cooperativas de viviendas que se refiera a otros deberes inherentes a la representación, como la fidelidad (confianza), lealtad (principio de buena fe) e información en general. Por ello debe estudiarse la normativa cooperativa general aunque incluso, en defecto de ésta, los citados deberes serían exigibles en base a la teoría general de la representación.

B. Normas generales sobre Cooperativas.

Una vez expuestas las normas que la LC ofrece en materia de viviendas con relación a la actividad y deberes de los órganos de la Cooperativa, aplicables a la relación entre la Cooperativa y los socios, vamos a analizar de las normas generales sobre Cooperativas que también se refieren a dichas cuestiones, pero de forma más amplia, contemplando alguno de los deberes no incluidos en materia de viviendas.

Con relación a los órganos encargados de la representación de la Cooperativa, debe prestarse especial atención al Consejo Rector y sus miembros, por ser el órgano de representación por excelencia, así denominado en el art. 32.1 de la LC: “*órgano colegiado de gobierno, al que corresponde, al menos, la alta gestión, la supervisión de directivos y la representación de la Cooperativa, con sujeción a la Ley, a los Estatutos*

y a la política general fijada por la Asamblea General” –similar al artículo 53.1¹⁴⁰

LGC-. El citado artículo es esencial porque establece también la extensión de la representación y las facultades y limitaciones del Consejo Rector, que pueden encuadrarse dentro del deber de cumplimiento de lo encargado, y serán analizados más adelante. La representación legal de la Cooperativa corresponde al Presidente o Vicepresidente del Consejo Rector, que lo será también de la Cooperativa, según dispone el artículo 32.2 LC –el artículo 54.1 de la LGC sólo se refería al Presidente-.

La LC permite la inclusión de directivos y de Director o gerente, con facultades de representación. Sin embargo, la LC actual, a diferencia de la anterior¹⁴¹, sólo se refiere, en el art. 32.3¹⁴², a su nombramiento por el Consejo, su función de representación, y la inscripción en el Registro de Cooperativas si se trata de un poder permanente (la figura del Director se incorpora al art. 32.3 del texto final –referencia omitida en el Proyecto

¹⁴⁰ “órgano de gobierno, gestión y representación de la Cooperativa, con sujeción a la Ley, a los Estatutos y a la política general fijada por la Asamblea General”.

¹⁴¹ No se regula el ámbito de dicha representación como hacía la LGC, al prever que no podía exceder del tráfico empresarial ordinario, estableciéndose una prohibición específica respecto a determinadas cuestiones. Según la LGC, esta figura, prevista en los Estatutos, y acordada por la Asamblea, era realmente un representante del Consejo Rector, incompatible con el cargo de consejero, al que se aplicaban las incapacidades, incompatibilidades y conflictos de intereses de los miembros del Consejo.

LGC: “Art. 60: 1. Si los Estatutos lo prevén, la Asamblea General podrá acordar la existencia en la Cooperativa de un Director, con las facultades que le hubieran sido conferidas en la escritura de poder. 2. Corresponde al Consejo Rector la designación, contratación y destitución del Director que podrá ser cesado en cualquier momento por acuerdo adoptado por más de la mitad de los votos del Consejo. El nombramiento y cese del Director deberá inscribirse en el Registro de Cooperativas que, a la vista de la correspondiente escritura pública, transcribirá las facultades conferidas. 3. La existencia de Director en la Cooperativa no modifica ni disminuye las competencias y facultades del Consejo Rector, ni excluye la responsabilidad de sus miembros frente a la Cooperativa, frente a los socios y asociados y frente a los terceros. Las facultades conferidas al Director sólo podrán alcanzar al tráfico empresarial ordinario y en ningún caso podrán otorgarse las de: a) Fijar las directrices generales de actuación en la gestión de la Cooperativa, con sujeción a la política general establecida en la Asamblea General. B) El control permanente y directo de la gestión empresarial. C) Presentar a la Asamblea General la rendición de cuentas, la propuesta de imputación y asignación de resultados y la Memoria explicativa de la gestión del ejercicio económico. D) Solicitar la suspensión de pagos o la quiebra. 4. El Director, que deberá realizar sus funciones con la diligencia de un ordenado gestor...” Se había previsto en el apartado 4º de este artículo, que su actuación se realizaría “con la diligencia de un ordenado gestor y un leal representante, responderá frente a la Cooperativa de cualquier perjuicio que cause a los intereses de la misma por haber procedido con dolo, negligencia, exceso en sus facultades o infracción de las órdenes e instrucciones que hubiera recibido del Consejo Rector. También responderá el Director personalmente, frente a los socios y frente a terceros, por los actos que lesionen directamente intereses de éstos”.

¹⁴² “Art. 32.3. ... y en especial nombrar y revocar al gerente o director que representará a la Cooperativa. El otorgamiento, modificación o revocación de los poderes de gestión o dirección con carácter permanente se inscribirá en el Registro de Sociedades Cooperativas.”

inicial de 1998 a la que nos referiremos en el capítulo quinto-, cuya actuación no se regula de forma detallada como ofrecía la LGC). El Consejo Rector puede también apoderar a cualquier persona, tercero, en cuyo caso las facultades de ésta serán las que se establezcan en el poder, según dispone el art. 32.3¹⁴³ de la LC -art. 54.2 LGC-.

Centrándonos en los deberes del representante, la Cooperativa, referidos a estos órganos con facultades de representación y a las personas físicas que actúan por ellos, y aplicándolos a la relación Cooperativa – socio, podemos realizar las siguientes afirmaciones:

1. No se prevé la observancia del deber de fidelidad reflejado en el comportamiento según la confianza prevista y la primacía del interés de los socios representados sobre el interés de la Cooperativa, representada por sus órganos. En base a la teoría general de la representación se aplica este deber respecto del interés de los socios en general, contrapuesto al interés de la Cooperativa.

De la Ley actual de Cooperativas pueden deducirse implícitamente, al igual que ocurría con la LGC de 1987, los deberes de fidelidad respecto de los socios en general, en el art. 15.2.f (sin modificaciones desde el Proyecto inicial) –art. 34.e LGC-. Además, en la nueva LC, el deber de fidelidad se encuentra implícito en las incompatibilidades y conflictos de intereses de los órganos cooperativos en los art. 41 y 42 LC¹⁴⁴ (que se analizarán con relación al deber de lealtad); eliminándose, en el art. 43 LC, la exigencia

¹⁴³ “Art. 32 3. El Consejo Rector podrá conferir apoderamientos, así como proceder a su revocación, a cualquier persona, cuyas facultades representativas de gestión o dirección se establecerán en la escritura de poder...”

¹⁴⁴ También ostenta dicho deber el Consejo –supuestos de incompatibilidades, conflictos de intereses y comportamiento diligente y leal de algunos órganos cooperativos y sus consecuencias en los art. 62, 63, 64 LGC- e Interventores, pero no el Director (art. 60.4 LGC).

expresa de un comportamiento diligente y leal de los consejeros, que es sustituida por la remisión a lo dispuesto para los administradores de las SA¹⁴⁵.

Es especialmente importante que se admita y cumpla la primacía del interés de los socios -objeto y fin de la Cooperativa, art. 89.1º- respecto del interés del gestor, órganos de la Cooperativa y empresas ajenas, como expresión del deber de fidelidad, principio no expresado respecto de las Cooperativas, pero aplicable en base a la teoría de la representación. El deber de fidelidad y sus expresiones, implícitas en la regulación cooperativa, es exigible tanto a la Cooperativa que representa y gestiona los intereses de sus socios, como a aquella que ostenta simplemente la representación, siendo gestionada por una empresa ajena. En tal sentido, y aplicando las reglas generales sobre fidelidad, con relación a la utilización por el gestor para usos propios de las cantidades aportadas por los socios, con violación de los deberes de fidelidad y confianza, resulta la obligación de indemnizar a éstos para compensar la ventaja que él obtiene y ellos no, así como indemnizar el posible daño probado por el perjudicado, según dispone el art. 1724 del CC¹⁴⁶. En este caso, puede llegarse incluso a la responsabilidad penal del gestor, por apropiación indebida, alzamiento de bienes o falsedad¹⁴⁷.

¹⁴⁵Esta referencia fue modificada en el Congreso, mediante enmienda transaccional en lo relativo al ejercicio de la acción de responsabilidad, modificación que no afectó a la novedosa remisión a la LSA para determinar la responsabilidad de Consejeros e interventores (la 113 de IU, 231 de G. Vasco y 387 de G. Socialista pretendían mantener la regulación de la LGC para evitar remisiones a la LSA; La 177 y 178 de C.Canaria pretendía distinguir los cargos retribuidos, con remisión a las SA, de los gratuitos, con un sistema similar a la actual LGC, y que la acción de responsabilidad determinara la destitución). En el Senado se presentó la enmienda 5 proponiendo un contenido similar al de la LGC y evitando la remisión a la LSA, sin que haya prosperado.

¹⁴⁶ Así lo interpreta LEÓN ALONSO, JR: *“Comentarios al Código Civil...”*, cit, art. 1709 y ss, pág. 315.

¹⁴⁷ En la mayoría de los supuestos en que se plantea la responsabilidad penal de los órganos gestores de la Cooperativa, generalmente el Presidente, la razón es la apropiación indebida, alzamiento de bienes o falsedad. Algunos no prosperan por falta de pruebas, tratándose en algún caso de defectos en la contabilidad: STS 27-11-1991 (Ar. 8569), 25-4-1991 (Ar. 2953), 22-11-1990 (Ar. 9079), 23-2-1988 (Ar. 1241), o por que se trata de uso ilícito civil sin existir una apropiación indebida de fondos cooperativos por no haberlos destinados los gestores a uso propio, aunque sí a uso indebido, por mala gestión: STS 3-10-1990 (Ar. 7644), 21-10-1988 (Ar. 8377), 30-5-1997 (Ar. 4297), 2-7-1993 (Ar. 5691). En este último caso, el TS precisa, en el fundamento de derecho cuarto, que el control y seguimiento de la actuación de los órganos cooperativos debe realizarse por los órganos encargados al efecto, y la gestión en este caso cumple con el fin social de la Cooperativa.

2. Los deberes de comunicación del representante se manifiestan ampliamente en las normas generales de Cooperativas, que contemplan tanto el deber de información¹⁴⁸ como el de consulta y el de rendición de cuentas.

El deber de comunicación, cuya expresión es la información, consulta y rendición de cuentas, es objeto de desarrollo en la Ley actual. El deber de información del socio se incluye en el art. 16.3 y 4¹⁴⁹ de la LC, en términos similares al art. 36¹⁵⁰ LGC (referido como derecho en el art. 35 LGC), incluyéndose el derecho a copia de Estatutos, acceso a

En otros supuestos sí se produce una apropiación indebida, por el Presidente. Así, en el supuesto de la STS 23-2-1991 (Ar. 1405), fundamentos de derecho primero, sexto y séptimo. En este caso, el Presidente, incurriendo en falsedad en documento mercantil y apropiación indebida, gira letras de cambio ilícitamente, no auténticas ni autorizadas por la Junta Rectora de la Cooperativa, falsificando las firmas, letras que suponían un beneficio patrimonial a su favor y al del constructor. También se estimó apropiación indebida en el caso de la STS 21-2-1991 (Ar. 1336), fundamento de derecho único. Aquí, el Presidente, autorizado para inscribir la Cooperativa, dispone del dinero aportado por los socios para comprar el solar, para una compra personal. También en STS 19-6-1997 (Ar. 4849).

Con relación a la responsabilidad penal de las personas físicas que encarnan los órganos cooperativos y la civil subsidiaria de la Cooperativa, en ocasiones se admite ésta. Se ha planteado ante el TS un caso de socio fundador e interventor de cuentas de la cooperativa, empleado también de la empresa gestora encargada de la administración, al que se exige responsabilidad penal por estafa y apropiación indebida de fondos de la Cooperativa aportados por los socios para sus viviendas, y falsedad al imitar la firma del Presidente de la Cooperativa. El Tribunal mantiene la responsabilidad civil directa que se exige al cónyuge del interventor, que utilizó el dinero, y la civil subsidiaria de la Cooperativa puesto que *"el aquí condenado como responsable penal, se encontraba en una situación de servicio en la que aquél, se hallaba potencialmente sometido a la posible intervención del responsable civil subsidiario, de quien recibía o debía recibir órdenes e instrucciones"*: STS 21-1-1993 (Ar. 1484), fundamentos de derecho primero, segundo y tercero.

¹⁴⁸ Según VICENT CHULIÀ, F: *"El derecho de información del socio en la Cooperativa"*. Asociaciones, fundaciones y Cooperativas. Cuadernos de Derecho Judicial. 1996. CGPJ, pág. 181, el derecho de información afecta a todas las formas de agrupaciones voluntarias de personas, como es el caso cooperativo que opta por su regulación en la propia LGC.

¹⁴⁹ El Proyecto inicial de 1998 se refería a este derecho del socio de forma general y escueta, limitado a la copia de los acuerdos de Asamblea y del Consejo que le afecten individualmente, y a la presentación de las cuentas del ejercicio antes de la aprobación en Asamblea.

Los grupos parlamentarios ponen en duda esta redacción que limita el derecho de información. Ya en las enmiendas a la totalidad discutidas en el Pleno (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno Sesión núm. 196, n° 202, 10-12-1998, pág. 10876 y ss), lo plantea el G. Socialista –en pág. 10902–, lo que es rebatido por el G. Popular, que se refiere a su enmienda sobre la cuestión ampliando este derecho –en pág. 10905–. Las enmiendas parciales ampliando el contenido de este derecho son admitidas: 148 de C. Canaria, 376 del G. Socialista, 294 del G. Popular y 100 de IU. En el Senado se presentan las enmiendas 38 y 39 relativas al derecho de información, admitiéndose ambas por la Ponencia y por el Dictamen de la Comisión en BOCG de 24-5-1999. Senado. Serie A, n° 136-e.

¹⁵⁰ Como expresión del derecho de información y consulta se pueden citar los apartados siguientes del art. 36 LGC: 1. Referido al derecho de información según la Ley, Estatutos o Asamblea; 2. Responsabiliza al Consejo Rector de que cada socio reciba copia de Estatutos y Reglamento interno de la Cooperativa; 3. Afirma el libre acceso de los socios a los Libros, de los cuales pueden solicitar copia; 4, 6 y 7. Propone la solicitud de aclaración de la situación económica de cada socio con la Cooperativa, así como aclaraciones sobre cualquier aspecto de la marcha de la Cooperativa. Con relación al derecho de rendición de cuentas, el punto 5 prevé la posibilidad de examen de las cuentas del ejercicio económico que vayan a ser aprobadas en Asamblea.

libros y acuerdos de Asamblea y Consejo, examen de documentos que se sometan a Asamblea, ampliación de información sobre orden del día, la marcha de la Cooperativa, o cualquier otra información necesaria¹⁵¹. La rendición de cuentas prevista a favor de la Asamblea se regula en el art. 21.2 de la LC, que mantiene la línea general del art. 42.3 LGC, aunque la deliberación y acuerdo de estos asuntos no se califica expresamente de preceptivo, bajo pena de nulidad como hacía la LGC, sino que el 21.3¹⁵² contempla, en general, el carácter indelegable de los asuntos en que el acuerdo de la Asamblea es preceptivo. También se presta atención a la rendición de cuentas a los interventores, en los artículos 38 y 39 de la LC, a los que se informa sobre la marcha económica de la Cooperativa para su fiscalización –art. 67 y 68 LGC- y a la auditoría de cuentas en el 62, estos dos últimos –intervención y auditoría- en términos más escuetos que la LGC¹⁵³ –en esta materia la Ley establece una norma específica para las Cooperativas de viviendas, el artículo 91 ya citado-.

¹⁵¹ Según la LC, el derecho de información puede ejercitarse conforme a lo previsto en la Ley, Estatutos o incluso en Asamblea, según el art. 16.3. El derecho de información comprende una obligación de resultado del Consejo Rector respecto del socio, que debe facilitarle los Estatutos y Reglamentos de régimen interno (16.3.a). El socio tiene libertad de acceso a determinados libros de la Cooperativa, así como la posibilidad de pedir copia de los acuerdos que le afecten, art. 16.3.b y c. En orden a otra posible información, que puede ser solicitada por el socio al Consejo Rector, se encuentra la aclaración de su posición económica dentro de la Cooperativa, art. 16.3.f. Como vías de información amplia se encuentran las de los apartados 16.3.d y e, que admiten que se preste la información solicitada, por todo socio, sobre la marcha de la Cooperativa, asuntos del orden del día, mediante las aclaraciones necesarias: la información que consideren necesaria un determinado número de socios.

¹⁵² El apartado 3 del art. 21 no existía en el texto inicial de 1998, y ha sido fruto de una enmienda transaccional en el Congreso a la enmienda parcial 105 de IU, que planteaba dotar a la Asamblea de mayor control como órgano soberano. Ningún grupo parlamentario reclama la calificación de las cuestiones del apartado segundo como preceptivas de la Asamblea, bajo pena de nulidad.

¹⁵³ La redacción de ambos controles es más escueta y menos efectiva que la LGC de 1987.

Se permite que un tercio de los interventores sean expertos independientes, en el art. 38.3 –incluido por enmienda transaccional a la 174 de C. Canaria y 301 del G. Popular-. La actuación de censura de los interventores, si no es tenida en cuenta, no da lugar a la impugnabilidad del acuerdo de aprobación de cuentas. Según el art. 39.2 del Proyecto la censura es previa a la convocatoria de Asamblea para aprobar las cuentas, convocatoria que depende de la emisión del informe o del transcurso del plazo para realizarlo –por lo que no es exactamente obligatorio-. El art. 39.1. prevé la ausencia de censura por los interventores en los casos de auditoría de cuentas del art. 62 del Proyecto. Con relación a la auditoría de cuentas no se contemplan los supuestos específicos de incompatibilidad del actual 69.2 LGC, ni las menciones al contenido de su actuación. En tema de auditoría nos remitimos a lo dicho en las notas 130 y 131.

Como se deduce de todo lo anterior, el deber de comunicación de la Cooperativa respecto de los socios, desarrollado con relación a los órganos cooperativos, es uno de los más ampliamente regulados en la LC, con tres “frentes de acción”, la información de los socios y la rendición de cuentas directa, a éstos, en Asamblea General ordinaria, la rendición de cuentas ante los Interventores y la verificación de las mismas por un servicio de auditoría en los casos en que así se establezca. De éstos, el que afecta directamente a la relación representativa entre el socio y la Cooperativa es el primero, el derecho de información, aunque los demás contribuyen a él y a un correcto funcionamiento de la Cooperativa. El órgano obligado a proporcionar a los socios el citado derecho es el Consejo Rector, órgano de representación y administración de la Cooperativa, y su obligación se mantiene al margen de que administre este órgano o contrate a una empresa gestora. El incumplimiento del deber de información provoca, como consecuencia, la posibilidad de impugnación de acuerdos nulos y anulables, prevista en la LC en el art. 31 por remisión del 16.4.

Según PAZ CANALEJO el derecho de información contemplado en el art. 35.1 c) LGC –su estudio es anterior a la entrada en vigor de la LC, pero puede aplicarse a ésta– es en sí mismo una obligación de resultado¹⁵⁴, puesto que el socio debe recibir esta información; y la información que los órganos están obligados a proporcionarle es la necesaria respecto de los derechos y obligaciones de los socios. Dicha necesidad, según el autor, viene determinada por la Ley, el Estatuto o la Asamblea, e incluso en algún caso por los socios (art. 36 5, 6 y 7), pudiendo el Consejo negarse porque peligren los legítimos intereses de la Cooperativa. Opina PAZ CANALEJO¹⁵⁵ que el derecho de

¹⁵⁴ PAZ CANALEJO en PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÀ, F: “Comentarios a la Ley General de Cooperativas”: Tomo XX, vol. 2º... cit, pág. 146.

¹⁵⁵ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÀ, F: “Comentarios a la Ley General de Cooperativas”: Tomo XX, vol. 2º... cit, pág. 173 y 194 y ss.

información del socio cooperativo respecto del Consejo Rector, regulado en la LGC, tiene los siguientes caracteres: función básica y autónoma de otros derechos, información económica y de todo tipo, con plazos y garantías jurídicas determinadas, y los siguientes límites: la necesidad de éste respecto de los derechos y deberes del socio, la constitución de falta grave por interferencia en la administración de la Cooperativa y la obligación de secreto, deducidos todos ellos de la LGC, así como la buena fe y la prohibición del abuso de derecho, ambos previstos en el art. 7 del CC –puede admitirse la extensión de estos límites a la LC-.

3. Con relación al deber de realización de lo encargado, son los órganos cooperativos, en concreto el Consejo Rector, los que quedan obligados a ello. Cuando la administración y representación coincidan será difícil separar los derechos y deberes de cada una, pero cuando el Consejo sólo ostente la representación, por delegación de la gestión en un tercero, el deber correspondiente será el de realización de la actividad de representación. La representación abarcará “*todos los actos concernientes a la misma*”, por lo que será una representación más bien general, que recae sobre un objeto determinado, las actividades para la obtención de vivienda.

Con relación al deber de realización de lo encargado –obligación de actividad por la representación y de resultado sobre la base del negocio jurídico de constitución de la Cooperativa- la Ley actual prevé la vis atractiva del Consejo Rector en el art. 32.1 en relación con el 21.1¹⁵⁶ –salvo las legales preceptivas e indelegables de la Asamblea según lo dispuesto en el art. 21.3-, y la representación “*con sujeción a la Ley, a los Estatutos y*

¹⁵⁶ Ya prevista de la misma forma en el texto inicial del Proyecto, en 1998.

“Art. 32.1: ... Corresponde al Consejo Rector cuantas facultades no estén reservadas por Ley o por los Estatutos a otros órganos sociales y, en su caso, acordar la modificación de Estatutos cuando consista en cambio de domicilio dentro del término municipal.” “Art. 21.1: La Asamblea General fijará la política general de la Cooperativa y podrá debatir sobre cualquier otro asunto de interés para la misma, siempre que conste en el

a la política general fijada por la Asamblea General¹⁵⁷” -términos idénticos a la LGC, art. 53.1¹⁵⁸-, que abarca “*todos los actos relacionados con las actividades que integren el objeto social de la Cooperativa, sin que surtan efectos frente a terceros las limitaciones que en cuanto a ellos pudieran contener los Estatutos*¹⁵⁹” -según la LGC: todos los asuntos-. La LC, en el art. 43, no se refiere a la diligencia prevista en la realización del encargo –exigida en el art. 64 LGC- sino a la que corresponda a los administradores de las SA. Las limitaciones impuestas a los órganos no afectan a terceros, como dispone el art. 32.1, excepto las legales a las cuales no se refiere. Según dispone el art. 32.2 de la LC, también se ve afectado por este deber de realización de lo encargado el Presidente del Consejo, y en su caso el vicepresidente (inclusión novedosa¹⁶⁰), que ostentan la representación legal de la Cooperativa dentro de “*las facultades que les atribuyan los Estatutos y las concretas que para su ejecución resulten de los acuerdos de la Asamblea General o del Consejo Rector*” –en el art. 54 LGC se sometía su actuación, únicamente, a los acuerdos de la Asamblea y el Consejo-. El exceso en las facultades atribuidas no puede alegarse tampoco frente a terceros de

orden del día, pero únicamente podrá tomar acuerdos obligatorios en materias que esta Ley no considere competencia exclusiva de otro órgano social.”

¹⁵⁷ Ya previsto de la misma forma en el texto inicial del Proyecto, en 1998.

¹⁵⁸ En el artículo 53.1 se establecía la vis atractiva del Consejo, que actúa con todas las facultades no reservadas por la Ley o los Estatutos a otros órganos -salvo lo establecido en el artículo 43.1º respecto a que todos los asuntos propios de la Cooperativa, aunque sean de la competencia de los otros órganos sociales, podrán ser objeto de debate y acuerdo de la Asamblea General-. El mismo artículo 53 imponía al Consejo el deber de cumplimiento de la gestión según lo encargado y cumpliendo con la legalidad, la representación de la Cooperativa “*con sujeción a la Ley, los Estatutos y la política general fijada por la Asamblea*”, como directrices de desarrollo. El Presidente del Consejo, representante legal de la Cooperativa, debía ajustarse en su actuación representativa a los acuerdos de la Asamblea y del Consejo Rector, artículo 54.1. Se imponía al Consejo Rector la obligación de desempeñar el cargo “*con la diligencia de un ordenado gestor y un representante leal*” (art. 64), lo que implica una conducta normal en la realización de lo encargado, según los usos generales del tráfico. Respecto a la posibilidad de que resultasen afectados los terceros que actúan con la Cooperativa, las limitaciones impuestas a las facultades representativas no son válidas frente a terceros, excepto que sean materias de competencia legal de la Asamblea según previsión del art. 43.2º, en la línea sobre límites e instrucciones de la doctrina general de la representación. En este sentido debe decirse que sólo la Ley es directriz con efectos internos y externos, mientras que los Estatutos y la política general tienen relevancia interna.

¹⁵⁹ Redacción idéntica a la del texto inicial del Proyecto, en 1998.

¹⁶⁰ Ya incluido en el Proyecto de 1998 en los mismos términos.

buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad interna frente a la Cooperativa. En este sentido debe distinguirse la representación legal lícita del Presidente en orden a decisiones o acuerdos del Consejo Rector, o al cumplimiento de los acuerdos de la Asamblea, en los casos en que éste sea necesario, de la actuación excesiva e ilícita del Presidente, o del Consejo Rector en supuestos que no les es permitido, por requerirse acuerdo expreso de la Asamblea, o acuerdo del Consejo inexistente. A estos efectos, la actuación del Presidente contradiciendo dichos acuerdos no afecta a los terceros, excepto que se pruebe que actuaron de mala fe, o en aquellos casos en que contradiga una norma legal. Incluso en este último caso el TS¹⁶¹ ha llegado a no admitir efectos sobre terceros de buena fe.

No se hace referencia a la obligación de actividad, no de resultado, del representante, la Cooperativa, inserta dentro del deber de realización de lo encargado. Aquí hay que distinguir la relación representativa que obligaría a dicha actividad, de la relación origen de constitución de la Cooperativa, en la que la consecución de la vivienda, objeto social de la misma, podría entenderse como una obligación de resultado¹⁶². En base al negocio jurídico cooperativo el derecho a la participación en la actividad cooperativa surge desde el instante en que el socio ingresa en la Cooperativa, existiendo, en ese momento también, un deber recíproco exigible de la Cooperativa como persona jurídica, y los órganos que actúan por ella. El incumplimiento de este deber por la Cooperativa podría ser exigible, y no sólo acarrear la posible disolución o descalificación de ésta sino

¹⁶¹ Con relación a locales comerciales de la Cooperativa: STS 30-12-1993 (Ar. 9912), fundamentos de derecho primero a octavo. Respecto de préstamo hipotecario: STS 27-9-1995 (Ar. 6453). En ambos casos, lo actuado con terceros por el Consejo Rector y el Presidente, es válido por tratarse de terceros de buena fe. Referencia más amplia en nota a pie 233.

¹⁶² Se puede afirmar lo anterior, no sólo por su consideración como objeto social en el art. 89.1, o por ser un derecho y deber del socio, sino porque si no se consigue este resultado, se disolverá la Cooperativa, según lo previsto en el art. 70. Las consecuencias del incumplimiento de los deberes citados han sido analizadas con relación a las Cooperativas de viviendas, nota 128.

también la responsabilidad interna de los órganos o gestores encargados, y la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios causados a los socios. Si el que incumple sus deberes es el socio, podrá ser sancionado o incluso expulsado o causar baja obligatoria en la Cooperativa, aunque no queda exento de cumplir con las obligaciones económicas con la Cooperativa hasta ese momento; de igual modo, también la Cooperativa, sus órganos, podrá ser sancionada por incumplimiento. Respecto de estas consecuencias, ya hemos dicho que la suerte del negocio jurídico cooperativo origen tiene consecuencias sobre la función representativa de la Cooperativa respecto del socio.

4. No se observa ninguna norma cooperativa que haga referencia al deber de custodia y conservación de los efectos entregados por el principal, aunque la mera consideración de la situación como un caso de representación hace posible su exigencia, por aplicación de las normas generales. En materia de viviendas protegidas, el Real Decreto 2028/1995 de 22 de diciembre, por el que se establecen las condiciones de acceso a la financiación cualificada estatal de viviendas de protección oficial promovidas por cooperativas de viviendas y comunidades de propietarios al amparo de los planes estatales de vivienda, ha desarrollado el deber de custodia como una obligación de los órganos cooperativos o de la empresa que gestione la cooperativa. Así, el artículo 1.1d)¹⁶³ prevé la garantía de las cantidades entregadas por los socios a cuenta del coste de las viviendas. Esta norma, especialmente sensible a algunos casos cooperativos fraudulentos, se refiere a las

¹⁶³ "Art. 1.1. Las Cooperativas de viviendas promotoras de viviendas de protección oficial destinadas a uso propio para obtener financiación cualificada estatal al amparo de los Planes Estatales de vivienda, deberán cumplir, además de los requisitos aplicables establecidos en las normas aprobatorias de dichos planes, las siguientes condiciones: ... d) Cuando la cooperativa perezca de los socios, a partir de la calificación provisional de viviendas de protección oficial, durante la construcción, cantidades anticipadas a cuenta del coste de la vivienda deberá garantizar las citadas cantidades."

La Ley 4/1999 de 30-3 de Cooperativas de la Comunidad de Madrid recoge esta garantía, entre otras, dentro de las garantías estatutarias del art. 117.

VPO, aunque sus normas deberían ser aplicadas a cualquier tipo de Cooperativas de viviendas, de protección oficial o en régimen de vivienda libre, como pretende en parte el Proyecto de Ley de ordenación de la edificación de 15-3-1999¹⁶⁴. El citado RD será analizado más detenidamente en relación con la actividad de la empresa gestora en el capítulo quinto.

5. Son muchas las expresiones del deber de lealtad del representante, entre las cuales podrían citarse las siguientes.

La Ley de Cooperativas actual incluye la prohibición de competencia de todos los socios en el art. 16.f –aunque se elimina la prohibición de todo socio de actuar como empresario o similar, prevista en el art. 29 LGC¹⁶⁵-. El posible conflicto de intereses del socio con la Cooperativa, que da lugar a la privación del derecho de voto de éste, se mantiene en la Ley en el art. 26¹⁶⁶ -ya previsto en el art. 47.4¹⁶⁷ LGC-. También se regulan las normas del conflicto de intereses de consejeros, interventores y parientes de éstos en el art. 42¹⁶⁸ de la Ley, que establece la calificación de anulables y no nulos -como la LGC- los actos realizados sin la autorización de la Asamblea; se elimina la referencia al Director, y a los

¹⁶⁴ BOCG. Congreso de los diputados. VI legislatura. serie A. núm. 163-I: Disposición adicional segunda. “La percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968 de 27-7, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Dicha Ley, y sus disposiciones complementarias, se aplicarán en el caso de viviendas con las siguientes modificaciones: a) la expresada normativa será de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa...”

¹⁶⁵ Art. 29 citado en nota 29. Eliminado en el Proyecto inicial de 1998, no es objeto de enmiendas en su tramitación en el Congreso y Senado.

¹⁶⁶ Se trata del artículo 26, apartados 7 y 8, que deja en manos de los Estatutos los supuestos en que el socio debe abstenerse de votar por conflicto de intereses, aunque obliga a aquéllos a incluir en todo caso los previstos en la LSRL (remisión a la LSRL admitida por la aceptación de las enmiendas 158 y 159 de C.Canaria). Su contenido queda limitado al 26.8, por aceptación de enmienda en el Senado: Dictamen de la Comisión en BOCG de 24-5-1999. Senado. Serie A. nº 136-e.

¹⁶⁷ Los supuestos en los que se produce dicha situación son, según PAZ CANALEJO, aquellos en que exista incompatibilidad de intereses, no dualidad, en los que se trate de la responsabilidad del socio como tal o como miembro del Consejo, o cuando el socio celebre contratos distintos de su actividad cooperativa con la entidad, además de los supuestos de conflicto de intereses contemplados en el art. 63; PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULLÁ, F: “Comentarios a la Ley General de Cooperativas”: Tomo XX, vol. 2º... cit, pág. 447 y ss.

¹⁶⁸ Artículo 42 cuya redacción corresponde a la del Proyecto inicial ya que no se ve sometido a ninguna enmienda.

asuntos que ocasionan el conflicto: deudas, asunción de éstas, prestación de fianzas, garantías, avales, préstamos y otras análogas, que se regulaban en el art. 63 de la LGC¹⁶⁹ (estos problemas no deberían existir en la relación entre la Cooperativa y los socios, para cuyos intereses se constituye la persona jurídica). En el art. 41¹⁷⁰ de la Ley también se observan los casos de incompatibilidades respecto del Consejo, Interventores y parientes¹⁷¹ -recogiendo el contenido del art. 62 LGC- aunque referidos exclusivamente a miembros del Consejo e Interventores (y sus parientes). Estas incompatibilidades impiden la elección como consejero, y provocan la destitución del socio que lo sea ya, e incluso permiten la exigencia de responsabilidad por conducta “desleal”, según dispone el art. 41.4 LC. Se establece también la incompatibilidad de los cargos de miembro del Consejo, miembro del comité de recursos e interventor entre sí, y de cualquiera de ellos en más de tres Cooperativas -en este tema, respecto de las Cooperativas de viviendas, se

¹⁶⁹ “Art. 63: 1. Será preciso la previa autorización de la Asamblea General, cuando la Cooperativa hubiera de obligarse con cualquier miembro del Consejo Rector e Interventores o con el Director o con uno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. También será necesaria dicha autorización de la Asamblea para que, con cargo a la Cooperativa y a favor de las personas antes señaladas, se realicen operaciones de asunción de deudas, prestación de fianzas, garantías, avales, préstamos y cualesquiera otras de análoga finalidad. Esta autorización no será necesaria cuando se trate de las relaciones con la Cooperativa, propias de la condición de socio o de trabajador de la misma, si se tratase de miembro vocal del Consejo Rector en representación de los trabajadores. Las personas en las que concurra la situación de conflicto de intereses con la Cooperativa, no tomarán parte en la votación correspondiente en la Asamblea General. 2. Los actos, contratos y operaciones a que se refiere el número anterior, realizados sin la mencionada autorización de la Asamblea, son nulos de pleno derecho, aunque quedarán a salvo los derechos adquiridos por los terceros de buena fe y dará lugar a la remoción automática del Consejero o Director, que responderá personalmente de los daños y perjuicios que se deriven para la Cooperativa.”

¹⁷⁰ El art. 41 del Proyecto inicial de 1998 sólo planteaba la prohibición de ser consejeros o interventores cuando se establece por disposición legal o judicial o por causa de la competencia con la Cooperativa, salvo que la Asamblea autorice el nombramiento. Si ya nombrado se incurre en dichas causas, se procederá a su destitución. Esta redacción es completada en la tramitación parlamentaria, resultando un texto similar al de la LGC, con origen en una enmienda transaccional que reúne las enmiendas 112 de IU y 323 de G. Catalán -que plantean la incompatibilidad entre cargos sociales-, 302 del G. Popular-prohibición de desempeñar funciones en más de 3 cooperativas- y 386 del G. Socialista -propone una redacción similar a la LGC actual, concretando las causas de incompatibilidad y las consecuencias-.

¹⁷¹ La competencia puede venir por cargo en la Administración, excepto que representen a ésta, o por trabajo por cuenta propia o ajena, salvo que hayan sido autorizados por la Asamblea General, y también en casos de incapacitación. “Art. 41 1. No podrán ser miembros del Consejo Rector ni Directores: a) los altos cargos y las demás personas al servicio de las Administraciones públicas con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades de la Cooperativa. B) los que desempeñen o ejerzan por cuenta propia o ajena actividades competitivas o complementarias a las de la Cooperativa, salvo autorizado por la Asamblea General. C) los incapaces... d) los quebrados y concursados no rehabilitados, quienes se hallen impedidos para el ejercicio de empleo o cargo público y aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer actividades económicas lucrativas.”

aplicará el artículo 89.6º, más restrictivo, que sólo lo admite en una Cooperativa-. El deber de secreto del Consejo Rector -citado expresamente en el art. 64¹⁷² de la LGC- no se incluye en la Ley, que se remite a las reglas de los administradores de las SA en su artículo 43, que lo incorporan en el 127.2 del TRLSA (aunque si es contemplado como deber de los socios en el art. 15.2.c¹⁷³ -art. 34.2.d¹⁷⁴ de la LGC).

Tanto por aplicación directa de las normas generales de Cooperativas y específicas de Cooperativas de viviendas, relativas al funcionamiento de éstas y sus órganos, como la supletoria de las normas civiles generales sobre representación, deben estimarse aplicables a la Cooperativa los deberes citados al inicio de este apartado, fidelidad, obligación de actividad respecto de lo encargado, comunicación, custodia y conservación de bienes y lealtad... Mientras en materia de viviendas se presta especial atención a la comunicación interna y externa, a la lealtad y exclusividad de los consejeros y a la ausencia de remuneración, en las normas generales se desarrollan ampliamente los deberes de comunicación e información, el cumplimiento de la gestión y el deber de lealtad -incompatibilidades, y deber de secreto-.

II. Deberes del representado.

1. Representación en general.

A juicio de DIEZ PICAZO¹⁷⁵ los deberes recíprocos del representado, sobre la base de la teoría general de la representación, se concretan en: facilitar los medios necesarios para el cumplimiento de la gestión -mediante la provisión de fondos, art. 1728 CC, y la

¹⁷² Al Consejo Rector se le impone la obligación de "guardar secreto sobre los datos que tengan carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones".

¹⁷³ "Guardar secreto sobre aquellos asuntos y datos de la Cooperativa cuya divulgación pueda perjudicar a los intereses sociales lícitos."

¹⁷⁴ Como afirma PAZ CANALEJO, al interpretar este artículo, la Ley no exige un secreto general, sino sólo el que afecte al perjuicio de los "intereses sociales". El incumplimiento de este deber será difícil de sancionar, puesto que deberá demostrarse el perjuicio causado y el sujeto que lo provocó: PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: "Comentarios a la Ley General de Cooperativas", Tomo XX, vol. 2º... *cit.*, pág. 125.

entrega de los documentos, bienes y efectos necesarios-, retribuir la gestión -con interpretación amplia del art. 1711 CC para favorecer la aplicación de la regla de la remuneración- y dejar indemne al gestor -pagando los anticipos o gastos que ha suplido, y los daños y perjuicios que se le han ocasionado al margen del resultado obtenido, así como asumir las obligaciones aceptadas por el representante-.

2. Ley de Cooperativas de 1999.

A. Normas específicas de Cooperativas de viviendas.

En la regulación actual de las Cooperativas de viviendas se concretan algunos de estos deberes, cuyo contenido no ha sufrido ninguna enmienda ni modificación en la tramitación de la LC. Con relación a los deberes del representado, el art. 89.6¹⁷⁶ de la Ley actual se refiere a la ausencia de retribución de los miembros del Consejo y la compensación de gastos en las Cooperativas de viviendas –redacción idéntica al art. 129.6 de la LGC-. Esta norma específica excluye la aplicación del artículo 40 de la LC, general y referido a consejeros e interventores –cuyo contenido es similar al art. 59 LGC-. Este deber del socio respecto de la Cooperativa representante surge a favor de sus órganos. La ausencia de remuneración puede ser peligrosa para la efectiva defensa de los intereses de los socios, salvo que la gestión se encargue a una empresa ajena en cuyo caso la remuneración se realizará a favor de la misma. Existen problemas respecto de la admisión o no de la remuneración, ya tratados en el apartado anterior, con relación a los deberes del representante.

En otros países, como Francia¹⁷⁷, actualmente se pone en duda la ausencia de remuneración de los órganos cooperativos o del tercero encargado de la gestión, aunque

¹⁷⁵ DIEZ PICAZO, I.: “La representación en derecho privado” ... cit, pág. 122 y ss.

¹⁷⁶ Ver nota a pie 139.

¹⁷⁷ GOURLAY, PG: “Répertoire DALLOZ”: Droit des sociétés, cooperatives, tomo II, Dalloz, Paris 1990, pág. 8 y 9; con relación a la remuneración de los administradores de la Cooperativa, hay que decir que pese a haberse

históricamente no se contemplara la remuneración. No dice nada la LC en materia de viviendas respecto de la facilitación de los medios para la representación.

B. Normas generales sobre Cooperativas.

Centrándonos en las normas generales de la LC debe destacarse lo siguiente. Con relación a la retribución, hemos planteado la remuneración del Consejo según prevean los Estatutos o por decisión de la Asamblea en el art. 40¹⁷⁸ –art. 59 LGC¹⁷⁹– norma que no se aplica a las Cooperativas de viviendas por la especialidad del artículo 89.6º, que mantiene que en ningún caso podrá preverse la remuneración en éstas, aunque sí el resarcimiento de los daños causados-.

En las normas generales de la LC no se contempla expresamente ningún deber relativo a la relación representativa entre ambos, y la retribución de la gestión y el pago de los gastos de ésta no son incluibles en las aportaciones al capital social, que sí se contemplan como deber del socio. Como aspecto del deber de facilitar los medios al representante para el cumplimiento de la gestión se contempla en la Ley actual, art. 15.2.b¹⁸⁰, el deber general de participación en las actividades cooperativas –art. 34.c LGC–; cuestión que ya ha sido analizada en el capítulo segundo con relación a la actividad cooperativa, y en el art. 15.2.e. el cumplimiento de las obligaciones económicas que le correspondan. Al respecto algún autor afirma que no es precisa una determinación absoluta de los medios,

excluido el coste del intermediario, la doctrina duda que la actuación de los primeros deba ser o no remunerada. Tradicionalmente se consideraba que no debía ser remunerada, aunque posteriormente se ha planteado la duda al respecto, en base a que la “gestión cooperativa, cada vez mas especializada exige competencia y tiempo”.

¹⁷⁸ “Art. 40. Los Estatutos podrán prever que los consejeros y los interventores no socios perciban retribuciones, en cuyo caso deberán establecer el sistema y los criterios para fijarlas por la Asamblea, debiendo figurar todo ello en la memoria anual. En cualquier caso, los consejeros y los interventores serán compensados de los gastos que les origine su función.”

¹⁷⁹ “Art. 59. Los Estatutos o, en su defecto, la Asamblea General, podrán asignar remuneraciones a los miembros del Consejo Rector que realicen tareas de gestión directa, que no podrán fijarse en función de los resultados económicos del ejercicio social. En cualquier caso serán compensados de los gastos que les origine su función.”

¹⁸⁰ “Art. 15.2.b Los socios están obligados a cumplir los deberes legales y estatutarios: e) participar en las actividades cooperativizadas que desarrolla la Cooperativa para el cumplimiento de su fin social, en la cuantía mínima obligatoria establecida en sus Estatutos...”

bastando que sea relativa o determinable "*de forma clara e inequívoca*"¹⁸¹". Así ocurre en las Cooperativas de viviendas, en que la participación de cada socio no viene determinada en los Estatutos, siendo determinable posteriormente según el tipo de vivienda adjudicada a cada uno, circunstancia que se concreta de forma absoluta en el momento de adjudicación y entrega de la misma.

A diferencia de los deberes de la Cooperativa como representante, incompletos en la regulación cooperativa por lo que se aplica la teoría general de la representación, los deberes de los socios representados pueden extraerse de la propia LC, sin necesidad de acudir a las normas generales de la representación.

III. Forma de la representación.

La representación requiere una simple declaración de voluntad del representado dirigida al representante. En este caso podría aplicarse la regla general sobre la forma en el mandato, la libertad, llegando a ser expreso o tácito -art. 1710 del CC-. Sin embargo cuando se apodera para cuestiones relativas a la construcción y transmisión de un inmueble, las partes podrían exigirse o conculcarse a otorgar el poder en escritura pública, según el art. 1280.5º del CC. En el caso de Cooperativas de viviendas, la solución que parece más válida sería admitir como forma el negocio jurídico de constitución de la Cooperativa o contrato social, manifestado en la escritura pública de constitución¹⁸² de la misma en la que se insertan sus Estatutos. Este negocio es el origen de la persona jurídica -relación cooperativa subyacente-, y de la representación del socio por la Cooperativa¹⁸³. De tal forma, se produce la representación respecto de la

¹⁸¹ PAZ CANALEJO en PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: "*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*"; Tomo XX, vol. 2º... *cit.* pág. 123.

¹⁸² El art. 10 LC regula el contenido de la escritura pública de constitución -Art. 14 LGC-.

¹⁸³ PUIG I FERRIOL, L: "*Manual de Derecho Civil II*"... *cit.* pág. 673. Se refiere el autor a "*los estatutos de una persona jurídica (argumento art. 37 CC)*" como origen del poder de representación.

promoción y construcción de las viviendas de los socios con base en la admisión de “*las actividades empresariales a desarrollar por la Cooperativa*”¹⁸⁴, insertas en los Estatutos. La fórmula citada encuentra su lógica en que, aunque nosotros distingamos en teoría la representación de la relación origen, en la práctica éstas se dan unidas pudiendo servirse ambas relaciones de la misma forma, el negocio asociativo. En la práctica es difícil mantener un momento único de emisión de las declaraciones de voluntad puesto que, en muchos casos, el momento de inscripción como socio, en que éste se adhiere a la Cooperativa y todo lo que ella conlleva, es posterior a la constitución de la Cooperativa, aunque en este caso su declaración de voluntad sería una ratificación de lo realizado.

Debe determinarse si el poder concedido a la Cooperativa es especial o general, según se trate de un asunto o un conjunto de éstos –art. 1712 CC-, y si es expreso o tácito, teniendo en cuenta que si se apodera respecto de actos de riguroso dominio, de disposición, se requiere un poder expreso, según el artículo 1713 del CC (norma imperativa). El supuesto cooperativo que se analiza responde a la idea de un poder especial, para un asunto determinado, apoderamiento respecto de varios actos en relación con un único objeto o asunto del socio, la vivienda¹⁸⁵. Al ser especial, las facultades que comprende son más amplias por la claridad y precisión de la especialidad¹⁸⁶. El poder es expreso por contemplar actos de dominio en relación con la actividad empresarial de la Cooperativa para el logro del fin social. Dicho fin social

¹⁸⁴ Art. 11.1.e LC -Art. 12.4 LGC-.

¹⁸⁵ Circunstancias que definen el poder especial según DIEZ PICAZO, I.: “*La representación en derecho privado*” ... *cit.*, pág. 174.

¹⁸⁶ LEÓN ALONSO, JR: “*Comentarios al Código Civil...*” ... *cit.*, art. 1709 y ss, pág. 103. Según este autor, así se experimenta en la realidad social, y especialmente si las facultades otorgadas lo son ampliamente. Según el autor, “*la atribución de la gestión de uno o varios negocios, como literalmente establece el artículo 1712, puede llegar a convertir un mandato inicialmente especial, o al menos así concebido, en otro tan general como el que más, a no ser que la extremada diligencia del mandante le hubiera llevado a precisar con tal detalle y minuciosa exhaustividad, casi de forma nominatim se diría, la naturaleza y el número exacto de actos comprensivos del mandato especial que estaba confiriendo, lo que, obviamente, en la práctica roza los límites de lo insólito.*”

legalmente previsto respecto a las Cooperativas de viviendas, en el art. 89. 1 y 2, precisa que éstas se dedican a “...*procurar a sus socios vivienda y o locales...* 2. *Las Cooperativas de viviendas podrán adquirir, parcelar y urbanizar terrenos y, en general, desarrollar cuantas actividades y trabajos sean necesarios para el cumplimiento de su objeto social*” –redacción similar al art. 129. 1 y 2 LGC-. Admitiendo la opinión de LEÓN ALONSO¹⁸⁷, en interpretación de los artículos 1712 y 1713 del CC, podría entenderse que el poder que el socio otorga a la Cooperativa es especial por referirse a un solo asunto, su vivienda, general en sus términos comprendiendo actos de administración; todo lo necesario para el cumplimiento del objeto social, aunque expreso respecto de ciertas facultades de disposición, que se concretan en la norma que regula la materia -adquisición de terrenos, enajenación de locales a terceros...-. En esta línea, pienso que aunque en general no sea preciso una enumeración de las facultades de disposición permitidas, bastando una autorización general, la concesión de poder expreso respecto de algunos supuestos de disposición –adquisición de terrenos, adjudicación de las viviendas a los socios- no implica la extensión de éste a otros actos o facultades dispositivas -transacciones, hipotecas¹⁸⁸, renuncia a derechos, pago de préstamos,

¹⁸⁷ LEÓN ALONSO, JR: “*Comentarios al Código Civil...*”... cit, art. 1709 y ss, pág. 106 y ss: Mandato general, especial, en términos generales o expreso. El autor estima que el mandato especial es aquél que comprende uno o varios negocios frente al general que se refiere a todos los del mandante, mientras que el expreso requiere una especial cualificación por estar ligado a actos de disposición frente al establecido en términos generales que se refiere a actos de administración. Todos ellos deben interpretarse restrictivamente, según la voluntad del mandante manifestada a priori o por los hechos posteriores, pág. 116 y ss: actos de disposición y actos de administración, respecto a los que afirma que los actos de disposición, todos aquellos que modifiquen grave y sustancialmente la entidad patrimonial del mandante, no precisan una enumeración exhaustiva, sino que basta con que se prevea la facultad de disposición. Ideas extraídas de LEÓN ALONSO, J: “*Comentarios al Código Civil*”: art.1709 y ss, tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1534 y ss.

¹⁸⁸ Ver STS 27-9-1995 (Ar. 6453), en nota a pie 233, en que se afirma que la hipoteca sobre la finca requiere autorización de la Asamblea. En otro supuesto, la actuación del Presidente de la Cooperativa que vende los terrenos de la Cooperativa, autorizado mediante poder general de compra y venta de bienes por acuerdo del Consejo y no de la Asamblea General, se estima válida por ser representante legal de la Cooperativa según la Ley. Su actuación también lo es por haber sido ratificada por la Cooperativa, al margen de que no hubiese autorización previa para ello: STS 17-4-1996 (Ar. 2962), fundamentos de derecho primero y segundo.

aceptación de letras de cambio¹⁸⁹ - que precisarían un nuevo poder expreso, susceptible de concesión por la Asamblea General de la Cooperativa, órgano de expresión y formación de la voluntad de los socios durante el período de funcionamiento de ésta. La propia LC así lo entiende, en el art. 21, estableciendo materias que son competencia exclusiva de la Asamblea con carácter indelegable –y no bajo pena de nulidad como disponía el art. 43 LGC-.

IV. Extensión del poder y límites.

En general, el contenido del poder puede estar predeterminado legalmente¹⁹⁰. En el supuesto cooperativo no pueden confundirse dos aspectos de aquél. De una parte, el contenido, con relación a los asuntos que comprende, en éste caso la representación del socio por la Cooperativa en la adquisición de la vivienda, determinado por la propia persona jurídica y su objeto social, y que se configura, como hemos visto, como poder especial, general en sus términos y expreso respecto de algunas facultades de disposición. Y, de otra, el contenido o extensión de la representación en sí, ejercitada frente a terceros, que parcialmente se recoge en las normas relativas a la representación orgánica de la Cooperativa, el Consejo Rector, órgano de representación de ésta -del que se afirma que abarca todos los asuntos concernientes a la misma (art. 32.1 LC), y cuyo representante legal es el Presidente o el Vicepresidente –la referencia a este último es novedosa respecto del art. 53.2 LGC-.

La extensión del poder se recoge en la LC, en las normas sobre la actuación y funciones de los órganos de la Cooperativa, así como en los Estatutos de cada Cooperativa, pero

¹⁸⁹ STS 3-12-1984 (Ar. 6022), considerando segundo. Se condena a la Cooperativa por el impago de letras de cambio aceptadas por su Presidente. Planteado recurso ante el TS, éste estima existente un litisconsorcio pasivo necesario, puesto que debían haber sido demandados los Presidentes que actuaron excediéndose de sus facultades. No entra en el fondo del asunto por la excepción citada. La aceptación de letras de cambio precisa autorización especial para que sea válida, y vincule a la Cooperativa.

debe interpretarse a la luz de la teoría de la representación. La teoría general de la representación entiende, en materia de extensión del poder, que ni las limitaciones ni las instrucciones¹⁹¹ impuestas al representante pueden alegarse ante terceros de buena fe - que las desconocían, aunque no actuaran de forma diligente-, salvo que se trate de límites legales. En relación a las personas jurídicas se admite el principio de capacidad general o *ultra vires*¹⁹². Aplicando estos principios a la representación de la Cooperativa, la extralimitación de sus representantes orgánicos en su actuación -Presidente que actúa sin existir acuerdo del Consejo o de la Asamblea en asuntos que lo precisaban, o en base a acuerdos del Consejo que son competencia legal imperativa de la Asamblea-, no son oponibles a terceros, excepto que se pruebe la mala fe de éstos, que los conocían.

No podrán oponerse a terceros de buena fe las **instrucciones** que los socios impongan a la Cooperativa, aunque la actuación fuera de las mismas genere responsabilidad de ésta frente a los socios.

Además de la aplicación de este principio general, la LC prevé, en el art. 32.1 en relación con el 21.2 y 3, que los **límites** estatutarios impuestos a la actuación de los órganos no afecten a terceros -la LGC se refería a ello en el art. 53.2, y en materias de competencia legal de la Asamblea General, sujetas a nulidad en el art. 43 2º LGC-. En la actuación del órgano de representación, el Consejo frente a terceros -por sí o por medio del Presidente o Vicepresidente-, se produce la repercusión de lo actuado sobre el socio, aunque exceda de los límites impuestos, excepto límites legales. La previsión de la LC es similar a los

¹⁹⁰ DIEZ PICAZO, L: "*La representación en derecho privado*" ... cit, pág. 171 y ss, y 189 y ss sobre límites del poder e instrucciones del principal.

¹⁹¹ LEÓN ALONSO mantiene que las instrucciones se destinan al representante, mientras que los límites son para terceros. LEÓN ALONSO, J: "*Comentarios al Código Civil*": art.1709 y ss, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1537.

¹⁹² O' CALLAGHAN, X: "*La persona jurídica no lucrativa tipo asociación. Conceptos generales*", Asociaciones, fundaciones y Cooperativas. Cuadernos de Derecho Judicial. 1996, CGPJ, pág. 19.

límites admitidos por la doctrina con relación a la representación. En esta materia es preciso aclarar que, aunque las normas de la representación civil contemplan un ámbito y extensión de poder susceptible de limitaciones con efectos frente a terceros (en algunos casos se admite que si el representante no cumple las limitaciones previstas en el poder o actúa sin poder, puede quedar obligado él y no el representado, salvo que ratifique lo actuado¹⁹³), la influencia de la doctrina mercantil y la tendencia de protección a los terceros de buena fe y de la seguridad jurídica, lleva a aceptar sus criterios, que el Tribunal Supremo proclama, respecto de la inoponibilidad frente a terceros de ninguna limitación, ni tan siquiera inscrita en el Registro, excepto en los casos de límites legales o de que se pruebe que el tercero actuó de mala fe porque conocía, o debía conocer, las limitaciones. Únicamente son límites legales a la actuación de los representantes de la Cooperativa la necesidad de acuerdo de la Asamblea General en algunas cuestiones¹⁹⁴, aunque incluso en algunos casos concretos de límites legales se restringen los efectos sobre terceros afectados sólo si se prueba su mala fe, y ello para la protección de la seguridad jurídica

¹⁹³ LEÓN ALONSO, JR: *“Comentarios al Código Civil...”*, cit. art. 1709 y ss, pag. 142 y ss: Sólo se admiten como límites los técnicos, comunicados al mandatario y a terceros. Cualquier otro límite interno o instrucciones no afecta a terceros. La actuación excediéndose de los límites admitidos no afecta a terceros, ni vincula al mandatario, si supuso un cumplimiento más ventajoso para el mandante. Si el cumplimiento no fue más ventajoso, responde el mandatario frente al tercero.

¹⁹⁴ El art. 21.2 afirma que *“La Asamblea deliberará y tomará acuerdos sobre los siguientes asuntos: ...”*, mientras que el 21.3 completa que *“La competencia de la Asamblea General sobre los actos en que su acuerdo es preceptivo en virtud de norma legal o estatutaria tiene carácter indelegable, salvo aquellas competencias que puedan ser delegadas en el Grupo Cooperativo regulado en el Artículo 78 de esta Ley.”*

Se refería el art. 53.2 LGC a los límites legales oponibles a terceros (los del art. 43.2): *“Art. 43. Competencia. 2. En todo caso, será preceptivo el acuerdo de la Asamblea General, bajo pena de nulidad, para los siguientes actos: a) nombramiento y revocación de los miembros del Consejo Rector y del Comité de Recursos y de los Interventores y Liquidadores. B) Examen de la gestión social, aprobación de las cuentas anuales y de la distribución de excedentes o imputación de pérdidas. C) Establecimiento de nuevas aportaciones obligatorias y actualización de las aportaciones. D) Emisión de obligaciones. E) Modificación de los Estatutos sociales. F) Fusión, escisión y disolución de la Sociedad. G) Enajenación o cesión de la Empresa por cualquier título, o de alguna parte de ella que suponga modificación sustancial en la estructura económica, organizativa o funcional de la Cooperativa. H) Creación de una Cooperativa de segundo o ulterior grado o de un consorcio, o adhesión a los mismos. I) Aprobación o modificación del Reglamento Interno de la Cooperativa. 3. También será preceptivo el acuerdo de la Asamblea General para establecer la política general de la Cooperativa, así como para todos los actos en que así lo establezca una norma legal o estatutaria.”*

Una cuestión dudosa respecto a la representación del socio por la Cooperativa es que no obstante la existencia de poder desde su constitución, en algunos casos se produce una ratificación de lo actuado por cada socio en el momento de inscripción como tal, que puede ser bastante posterior. La admisión y producción de efectos jurídicos de las relaciones previas se producen, respecto del socio inscrito, por la admisión e inclusión de éste dentro de la persona jurídica, unida a un apoderamiento de la Cooperativa para el futuro, junto a la ratificación tácita¹⁹⁵ de los negocios representativos ya celebrados por ésta a través de sus órganos cooperativos -como serían la compra de solar, tratos o contratos celebrados con constructora, arquitectos, gestora...-, ratificación que tiene efectos retroactivos. Se observa, en el supuesto cooperativo más frecuente en la actualidad, que la representación, generalmente indirecta, es admitida por los socios que así lo manifiestan en el momento en que se inscriben como tales en la Cooperativa, ratificando también lo actuado hasta entonces. Esta circunstancia rara vez se pondrá en conocimiento del tercero¹⁹⁶, y ello porque se presume que la inscripción de los socios otorgando poder a la Cooperativa implica necesariamente una ratificación de los actos previos ya que quieren ingresar en ella (y generalmente es así, y en caso contrario ya no se trataría de una ratificación); y porque la actuación posterior de la Cooperativa demuestra tácitamente este hecho. Los negocios representativos previos a la inscripción se entienden celebrados por representante y representado con efectos para el último¹⁹⁷, y precisan su ratificación, aunque sea tácita. Al ser una ratificación que concierne a múltiples sujetos, podría exigirse que la realicen todos los socios para que produzca sus

¹⁹⁵ ALBALADEJO, M: "Derecho Civil I". Vol. 2º... *cit*, pág. 405. Así admite la doctrina la ratificación tácita y la retroactividad de sus efectos.

¹⁹⁶ En opinión de DIEZ PICAZO, el conocimiento del tercero provoca la producción de plenos efectos de la ratificación. DIEZ PICAZO, I: "*La representación en derecho privado*"... *cit*, pág. 235.

¹⁹⁷ ALBALADEJO, M: "Derecho Civil I". Vol. 2º... *cit*, pág. 408.

efectos, como así manifiesta DIEZ PICAZO¹⁹⁸, aunque en el supuesto cooperativo, dicha ratificación múltiple es sucesiva, y no se exige que haya sido realizada por todos. No olvidemos que la regulación cooperativa presume dicha ratificación tácita en el propio ingreso como socio –si no está de acuerdo con lo actuado, nadie le obliga a ingresar en la Cooperativa-. No se dice nada en la LC respecto de la ratificación del socio, incorporado tardíamente a la Cooperativa, aunque aquella va implícita en la inscripción como socio y asunción de los derechos y obligaciones correspondientes.

Otro tipo de ratificación es la prevista en el artículo 9 de la LC –art. 10 LGC-, que regula el período de Cooperativa en constitución, aunque éste se refiere a la ratificación por la Cooperativa de lo actuado por sus órganos previamente a su inscripción en el Registro. La ratificación se producirá tanto de forma expresa como tácita, por actos de la Cooperativa que impliquen aceptación -así se ve en algunos supuestos que se plantean en la jurisprudencia, el simple hecho de aprobar en Asamblea General el pago del solar, o los honorarios de arquitectos conlleva la ratificación de lo actuado con ellos¹⁹⁹-. Antes de la ratificación de lo actuado por la Cooperativa, la regla que rige es la responsabilidad solidaria de los participantes. Sin embargo, desde que los socios ratifican, los actos ratificados son asumidos por la Cooperativa, que queda obligada a cumplirlos.

La doctrina mercantilista²⁰⁰ se muestra a favor de considerar esta situación de ratificación de actos por la Cooperativa como una aceptación de una gestión de negocios y no una representación. En cualquier caso, ya se admita la interpretación de las sociedades

¹⁹⁸ DIEZ PICAZO, L: “*La representación en derecho privado*” ... cit, pág. 236.

¹⁹⁹ STS 5-6-1989 (Ar. 4261), STS 23-4-1991 (Ar. 3023).

²⁰⁰ DIEZ PICAZO, L: “*La representación en derecho privado*” ... cit, pág. 228 y ss. Este autor cita a la doctrina mercantilista, entre otros Garrigues que se ha ocupado mucho de calificar estos contratos, y estima que la regulación es distinta porque resuelve supuestos distintos. GARRIGUES, J: “*Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*”: art. 7, tomo I, Instituto de Estudios políticos, Madrid 1952, pág. 173 y ss. Edición 1976, revisada, corregida y puesta al día por MENÉNDEZ, A y OLIVENCIA, M, pág. 186 y ss.

mercantiles, en las que directamente se inspira la regulación cooperativa, ya se trate de una ratificación en materia de representación, los efectos son similares, por lo que esta cuestión no debería ser objeto de mayor discusión, especialmente cuando está regulada en la LC, con el contenido que veremos en el capítulo quinto.

V. Responsabilidad del representante.

CHULIÁ²⁰¹ mantiene que, en las operaciones de la Cooperativa con terceros, la responsabilidad es de la propia Cooperativa (con su patrimonio, responsabilidad contractual, y la extracontractual del art. 1911 del CC). Dentro de los tres tipos de responsabilidad, limitada, ilimitada o suplementada de los socios, la LC, en su art. 15.3²⁰² -art. 71 LGC- opta por la responsabilidad limitada de los socios -lo aportado al capital social-. La LGC establecía además la posibilidad de disposición en contra de los Estatutos. Se produce la separación patrimonial, respondiendo la persona jurídica Cooperativa con su patrimonio -y por tanto responsabilidad de los socios en la cuantía de lo aportado-.

Además de la responsabilidad de la Cooperativa, este autor distingue respecto de los socios dos tipos de responsabilidad, la interna y la externa. La responsabilidad en las relaciones internas de la Cooperativa con los socios se produce en el ámbito de las obligaciones como socio o de los compromisos derivados de la actividad cooperativa. En el caso de las obligaciones sociales el socio responde de las pérdidas de forma personal e ilimitada, en proporción a la participación en el capital, mancomunadamente con los demás socios. Sólo se ven afectados los socios si uno de ellos no cumple, y la deuda a

²⁰¹ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: "Comentarios a la Ley General de Cooperativas": Tomo XX, vol. 3º... *cit.*, pág. 192 a 202.

²⁰² "La responsabilidad del socio por las deudas sociales estará limitada a las aportaciones al capital social que hubiera suscrito, estén o no desembolsadas en su totalidad." La redacción de este artículo no ha sufrido ninguna modificación, ni enmienda en la tramitación parlamentaria en el Congreso.

cargo del patrimonio social, como pérdida, repercute sobre todos los demás, siempre dentro del principio de responsabilidad limitada a las aportaciones prometidas. La responsabilidad del socio por las obligaciones derivadas de la actividad cooperativa es directa, personal e ilimitada, y mancomunada con los demás. Las deudas de los socios sólo recaen sobre la Cooperativa, sobre su patrimonio, en los supuestos de insolvencia, pasando a ser pérdidas de la Cooperativa, y por ello de los socios. En este caso, de responsabilidad del socio por la actividad cooperativa, yo pienso que no es fácil mantener un único criterio. Así, en las Cooperativas de viviendas, antes de que se conozca a los socios, la responsabilidad frente a terceros es de la Cooperativa. Desde que se da a conocer al representado la responsabilidad es de éste, directa, personal e ilimitada. Debe distinguirse, por tanto, la responsabilidad del representante, la Cooperativa, frente al representado, en la relación interna entre ambos, de la responsabilidad económica de la Cooperativa frente a terceros, y la repercusión que ello tenga en los socios representados, sobre los que recae en último término la obligación. Esta cuestión se verá en el siguiente apartado, al analizar la eficacia de la representación.

En la relación representativa de la Cooperativa y el socio, que es la analizada, la responsabilidad de estos sujetos se establece en función de sus respectivos deberes. La responsabilidad del representante²⁰³ es exigible en los siguientes casos, ya analizados según las normas cooperativas y las generales de la representación: por incumplimiento total -según el art. 1718 CC conlleva la indemnización de daños y perjuicios-, y por cumplimiento defectuoso o faltas a los deberes accesorios o de conducta. En ambos casos, incumplimiento o cumplimiento defectuoso, la responsabilidad será efectiva si el representante ha actuado de forma dolosa o con culpa -art. 1726 CC, responsabilidad

²⁰³ DIEZ, PICAZO, L: *“La representación en derecho privado”* ... cit, pág. 121. Responsabilidad que surge, según el autor, por ausencia o defectos en la actividad encomendada al representante.

por dolo en todo caso, y por culpa moderada por los tribunales según cada caso-. En opinión de LEÓN ALONSO²⁰⁴ la responsabilidad se produce por la probada existencia y realidad de unos daños o perjuicios, y no exclusivamente por el incumplimiento. Previamente al cumplimiento de lo encargado, y con base en su carácter de obligación de medios, la responsabilidad exigible es por omisión.

Tal como hemos planteado, aunque la LC no regula la responsabilidad en la relación representativa entre la Cooperativa y el socio hace referencia a la responsabilidad por daños causados por los órganos de la Cooperativa, mediante los cuales ésta actúa. Plantea la LC la responsabilidad de los Consejeros e Interventores que, según el art. 43, se rige por lo dispuesto en la LSA para los administradores (art. 133 del TRLSA, en que se trata la responsabilidad por negligencia, ilícitos legal o estatutariamente) –se eliminan las reglas específicas de responsabilidad de Presidente, Consejeros y Director que la LGC²⁰⁵ planteaba en los artículos 54, 60 y 64, más específicas y de efectos más restringidos-.

Según la teoría general de la representación, los órganos responden en todo caso por dolo o culpa, aunque algún autor proponga la existencia de daños y perjuicios.

La aplicación de las normas de la representación al caso cooperativo es interesante, especialmente en materia de responsabilidad, porque contemplan una amplitud mayor de las causas de responsabilidad. Además de la responsabilidad exigible en el supuesto de incumplimiento de la Cooperativa, inactividad que la LC considera como causa de disolución, podría añadirse la responsabilidad por cumplimiento defectuoso, y en ambos

²⁰⁴ LEÓN ALONSO, J: “*Comentarios al Código Civil*”: art.1709 y ss, tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1546.

²⁰⁵ Según la LGC: El Presidente es responsable en su actuación, si no se ajusta a los acuerdos de la Asamblea General y del Consejo -artículo 54.1-. Los miembros del Consejo responden en los supuestos de dolo, abuso de

casos, si se prueba la existencia de dolo o culpa, exigirse una indemnización de daños y perjuicios que, en caso de culpa, es moderada por los tribunales. Otra mejora esencial que se lograría aplicando las normas de la representación sería la posibilidad de actuar ante los cumplimientos defectuosos, expresión amplia que permite incluir cualquier defecto o circunstancia que no se ajuste a lo pactado, o ante retrasos moratorios que no impliquen incumplimiento (inactividad durante dos años). La responsabilidad sería exigible a los órganos de la Cooperativa, y en caso de gestión encargada a una empresa gestora, también a ésta.

VI. Efectos jurídicos de la representación.

VI.1. Eficacia de la representación directa e indirecta.

Al analizar las clases de representación voluntaria ya mencionamos la existencia de dos posibles tipos de actuación por cuenta ajena, como representación directa, en nombre ajeno, e indirecta, en nombre propio, y respecto de éstas nos decantamos por la representación indirecta de la Cooperativa en su actuación con los terceros. La mayoría de la doctrina distingue la forma de actuar, directa o indirecta, de la eficacia de lo actuado, que puede ser directa o indirecta a su vez. La representación indirecta, en pura teoría, puede tener una eficacia directa o bien indirecta, y no implica necesariamente la eficacia indirecta²⁰⁶ -producción de efectos entre representante y tercero-. El contenido de la eficacia indirecta cada vez se encuentra más matizado, a lo que se unen las dificultades prácticas que plantea su aplicación. Una vez admitida la actuación de la Cooperativa en nombre propio y por cuenta ajena, se plantea la duda de si su actuación conlleva eficacia directa o indirecta, teniendo en cuenta que, según algunos, la elección

facultades o negligencia grave, de forma solidaria entre ellos –art. 64-. También responde el Director por perjuicios causados a la Cooperativa o por lesionar los intereses de los socios –art. 60.4-.

²⁰⁶ DIEZ, PICAZO, L. “La representación en derecho privado” ... cit, pág. 241 y ss.

de una u otra corresponde al representante, la Cooperativa, aunque otros autores consideren que la opción la tiene el representado.

En orden a admitir una u otra opción, deben analizarse sus efectos. La eficacia directa²⁰⁷ es la más común, se caracteriza por la producción inmediata de efectos en la esfera jurídica del representado, en base al poder suficiente o a la ratificación de éste, y la ausencia de efectos para el representante. La eficacia indirecta supone la ausencia de relación jurídica entre el representado y el tercero, quedando el representante vinculado con el tercero; supuesto que de forma pura y extrema apenas se plantea en la práctica. En nuestro ordenamiento, la opinión mayoritaria²⁰⁸, doctrinal y jurisprudencial, es favorable a admitir en la representación indirecta una eficacia directa, similar a la representación directa pero con un plus. Del tal forma, se producen efectos jurídicos en la esfera del mandante o representado -derechos y obligaciones, obligaciones que inicialmente recaen sobre el representante-, y la obligación del mandatario o representante de transmitir la posesión de los objetos o derechos y otorgar el reconocimiento del derecho sobre los efectos a favor del mandante. En la actuación del mandatario quedan protegidos los terceros de buena fe con los que éste actúe. Todo lo

²⁰⁷ DIEZ PICAZO, I.: “La representación en derecho privado” ... cit, pág. 265.

²⁰⁸ DIEZ PICAZO y GULLÓN: “Sistema de Derecho civil”. Vol. I... cit, pág. 611. GULLÓN BALLESTEROS, A.: “Mandatario que adquiere en nombre propio” ... cit, pág. 761 y ss: “cuando el mandatario adquiere por cuenta del mandante sin necesidad de ninguna transmisión dominical de aquél en su favor, pero adquiere, observese bien, exclusivamente en relación con el mandante... Frente al mandante, el mandatario no es propietario; frente a terceros, sí lo es... El mandante adquiere una propiedad que llamaremos sustancial, mientras que el mandatario, y frente a terceros ajenos al mandante, desconocedores del mismo, una propiedad formal. En suma, algo idéntico a lo que ocurre en el negocio fiduciario, entre fiduciante y fiduciario... Del conjunto de sentencias examinadas se extraen las siguientes conclusiones...: 1. La propiedad de lo adquirido es directamente del mandante. 2. Como la propiedad es del mandante ab initio,... la obligación del mandatario... es no sólo transmitir la posesión de la cosa que detenta, sino otorgar la escritura pública de reconocimiento de la propiedad del mandante... 4. El éxito de la acción del mandante contra el mandatario para que declare su derecho de propiedad lleva aparejada la rectificación del Registro de la Propiedad, si el inmueble está inscrito a nombre del mandatario, por lo dispuesto en el art. 38.2º de la Ley Hipotecaria... 7. En las relaciones entre mandante y mandatario se produce el mismo efecto que en la representación directa, si bien con un plus: la necesidad de poner en consonancia la realidad de la adquisición del mandante con su exteriorización, que aparece como del mandatario incluso en el Registro de la Propiedad. ”. DE CASTRO, F.: “Temas de Derecho Civil”... cit, pág. 128.

La opinión jurisprudencial ha sido planteada en nota a pie 100.

anterior es consecuencia de la eficacia directa de dicha representación, que no se identifica con la representación directa. La eficacia indirecta²⁰⁹ es complicada de establecer porque de forma pura no se admite -efectos sobre el representante-, matizándose, e incluyendo como excepción a esta eficacia indirecta pura el que se trate de cosas propias del mandante.

Superada la doctrina inicial que entiende que la representación indirecta produce efectos entre representante y tercero, al margen del representado, ya en 1976, DE CASTRO²¹⁰ afirma que el artículo 1717 del CC, relativo a la representación indirecta, se refiere a las acciones entre mandatario y tercero, quedando excluido el mandante, aunque contempla una excepción, que se trate de “cosas propias del mandante”, en cuyo caso queda abierta la acción directa del tercero contra el mandante y viceversa -lo que no ocurre en general en la representación indirecta- (al margen de que el mandatario pueda llamar al mandante ante reclamación del tercero). Además, en materia de adquisición y transmisión de derechos, considera que “*el representante no adquiere los bienes que se le han confiado para su venta, ni tampoco los créditos resultantes de ventas hechas por cuenta del representado*”. Según DE CASTRO²¹¹, una vez conocidos mandante y mandatario, también el mandante puede dirigirse directamente contra el tercero, respecto de los derechos y acciones que ha hecho suyos por medio del mandatario, siempre que se trate de acciones o excepciones que pudiera ejercitar el mandatario. En este sentido planteado por De Castro la eficacia directa de la representación indirecta podría ser aplicable al supuesto cooperativo, en que la actuación de la Cooperativa por cuenta de los socios frente a terceros conlleva la adquisición de bienes y derechos entre terceros y socios,

²⁰⁹ DIEZ, PICAZO, L: “La representación en derecho privado” ... cit, pág. 266.

²¹⁰ DE CASTRO, F: “Temas de Derecho Civil” ... cit, pág. 128.

²¹¹ DE CASTRO, F: “Temas de Derecho Civil” ... cit, pág. 130.

aunque la acción directa y la exigibilidad de las obligaciones se produzcan inicialmente entre la Cooperativa y los terceros. Una vez conocidos los socios, por tratarse de un asunto de ellos, pueden ejercitar acciones y exigir obligaciones a los terceros, al igual que éstos respecto de aquellos. Las acciones o excepciones que no pudiera ejercitar u oponer la Cooperativa, tampoco podrán realizarse por los socios.

GULLÓN BALLESTEROS²¹², también en 1976, comenta la eficacia indirecta al analizar el artículo 1717 del CC, del que afirma que representante y terceros están facultados para accionar entre sí, siendo el representante el obligado a cumplir respecto del tercero. Sólo se admite la acción entre representado y tercero cuando se trate de cosas propias del mandante, acción que no deriva de la relación entre contratante y tercero, sino de otras circunstancias -como hemos visto, De Castro estima que las posibilidades de acción y excepción son las mismas que tiene el representante frente al tercero-. En la representación indirecta los derechos se transmiten del representado al tercero y viceversa, con reconocimiento por el representante, lo que conlleva una eficacia directa.

En 1979, DIEZ PICAZO²¹³ asume la visión de ambos autores y expresamente se manifiesta a favor de la de GULLÓN. La eficacia indirecta se caracteriza por la ausencia de acción y obligación entre mandante y tercero, excepto en el caso de que se trate de cosas propias del mandante, en que si hay acción y obligación entre ambos. La eficacia indirecta quiebra en materia de transmisión o adquisición de derechos, que se produce entre el mandante y el tercero, con reconocimiento por el mandatario. También admite que el mandante puede ser demandado y quedar obligado respecto del tercero, si el

²¹² GULLÓN BALLESTEROS, A: "*Mandatario que adquiere en nombre propio*" ... cit, pág. 761 y ss.

²¹³ DIEZ PICAZO, L: "*La representación en derecho privado*" ... cit, pág. 265 y ss, y pág. 273. Este autor, al referirse a los efectos jurídicos de la gestión en nombre propio, pág. 282, incluye dentro de la eficacia directa, los supuestos de compraventa del representante (por cuenta del representado) al tercero o de arrendamiento del representante (por cuenta del representado) a un tercero arrendatario.

mandatario demandado lo trae a juicio. En la actualidad DIEZ PICAZO y GULLÓN²¹⁴ siguen manifestándose a favor de que tercero y mandante no tienen acción entre sí, y la tienen mandatario y tercero.

También analiza la eficacia de la representación indirecta y los derechos y obligaciones de la misma ALBALADEJO²¹⁵, y mantiene una situación básica que puede variar según lo que las partes quieran, como ocurre en el caso cooperativo, en que las reglas generales deben adaptarse a la realidad.

LEÓN ALONSO²¹⁶, en su estudio sobre el mandato extensible a la representación, se adhiere a la posición expuesta, manifestándose a favor de los autores señalados -De

²¹⁴ DIEZ PICAZO y GULLÓN: "Sistema de Derecho civil". Vol. I... *cit.* pág. 593 y ss. Se exceptúa el caso de "cosas propias del mandante" en las que, según DE CASTRO, se abre la posibilidad de acción directa respecto del representado. Se produce una disociación entre titularidad formal, del representante y titularidad material, del representado. El mandatario o representante queda obligado a entregar y reconocer la propiedad del mandante.

²¹⁵ ALBALADEJO, M: "Derecho Civil I". Vol. 2"... *cit.* pág. 413 y ss. Afirma que se produce una posesión del representante que entrega al representado, adquiriendo éste la propiedad del tercero. También concreta los efectos, distinguiendo claramente la transmisión de derechos de la asunción de obligaciones. Respecto a la transmisión de los derechos, mientras el representado los conserva en su poder siguen siendo suyos; y cuando los entrega al representante, lo hace para que éste los posea y los traspase al tercero, pero el representado sigue siendo dueño de ellos, transmitiéndolos él al tercero. Los derechos que el representante recibe del tercero, los adquiere para el representado, aunque temporalmente sea el quien los posea. La asunción de las obligaciones tiene lugar entre el representante y el tercero -a excepción de las cosas propias del representado-. Por ello, posteriormente, cuando se descubre la representación, el representante suele quedar eliminado de la representación, dejando su lugar al representado. Esta situación puede variar en función de lo que las partes pretendan. Así, el supuesto cooperativo no refleja este último punto relativo al cambio que el conocimiento del representado produce en las obligaciones, puesto que cuando las viviendas son entregadas a los socios propietarios, las posibilidades de obligación y acciones y excepciones se amplían a éstos, conjuntamente con la Cooperativa, que continúa obligada y legitimada para ello como representante de los intereses de los socios y contratante con los terceros. Y ello, pese a que en algún momento pueda pensarse que quedaría desvinculada como representante, y que se aluda a ella de forma confusa, como dueña de la obra.

Tesis admitida por O' CALLAGHAN, X: "Compendio de Derecho Civil". Tomo I... *cit.* pág. 526, que matiza que en la excepción de "cosas propias del mandante" la representación funciona como representación directa.

²¹⁶ LEÓN ALONSO, JR: "Comentarios al Código Civil..." *cit.* art. 1709 y ss, pág. 173 y ss. Ello se deduce según el artículo 1717 del CC y de los artículos 908 y 909 del C de c. Se manifiesta a favor de considerar esencial la eficacia de lo actuado, y no la voluntad de las partes. De tal forma, el artículo 1717 prevé dos normas generales. En primer lugar, cuando el mandatario actúa en nombre propio se convierte en titular de las relaciones jurídicas con mandante y tercero, negándose la acción entre estos dos, circunstancia que puede ser alegada en defensa por cada uno de ellos, y no apreciada de oficio por el Juez. El mandatario está legitimado por el encargo de actuar por cuenta ajena aunque no exista poder. Además, el mandatario queda obligado con el tercero como si el asunto fuera personal suyo -para el cumplimiento específico de la gestión es el único directamente obligado o facultado frente a terceros-, con la salvedad de que es el mandante quien responde del objeto último de la gestión, según disponen los artículos 1727 y 1720. En segundo término, en relación con la adquisición del objeto de la gestión, el mandatario es el obligado principal y titular aparente de los derechos frente a terceros y "*la adquisición definitiva no la consumará como propia sino antes bien como ajena*". En la esfera interna el mandante es el único y legítimo titular. Se basa este autor en la aplicación de la teoría del negocio fiduciario, distinguiendo titularidad formal o aparente y material o real. La excepción "cosas propias del mandante", no se

Castro, Díez Picazo, Gullón, Albaladejo- y distinguiendo los efectos obligacionales de los reales, al entender que los primeros surgen para el mandatario, y los segundos respecto del mandante.

PUIG BRUTAU se muestra a favor de la independencia general de las relaciones entre representante y representado y representante y tercero, excepto que se trate de cosas del representado, en cuyo caso la propiedad la adquiere el representado²¹⁷. RIVERO HERNÁNDEZ²¹⁸ manifiesta que la regla general del artículo 1717 es la ausencia de acción, obligación ni vínculo entre el representado y el tercero, a excepción de las cosas del mandante. Aunque no hay acuerdo en la doctrina al respecto, pienso que la razón para optar por la desvinculación del representante o no la encontramos en cada supuesto práctico, según los intereses del representado y la solución que los sujetos intervinientes hayan adoptado. En general, creo que el representante debe quedar vinculado con el

refiere a los asuntos de éste en general, sino a los asuntos inherentes o personales a éste conocidos posteriormente a la celebración del negocio por los terceros -si el conocimiento es anterior, sería el mandante quien adquiriría directamente los efectos del negocio-. En este caso, desde el momento en que se da a conocer la representación, las obligaciones y responsabilidades se producirán y exigirán entre el mandante y el tercero.

En comentarios posteriores matiza este autor que la representación indirecta dentro de las cosas propias del mandante, "*intereses relativos a cosas propiedad del mandante*", provoca la expansión de la relación entre mandatario y tercero, a otros sujetos no intervinientes como el mandante, por lo cual se trata de "*corregir una irregular actuación del gestor, sumando a su propia responsabilidad la del mandante*", "*los efectos de tal representación pasan por el instituto de la representación, que puede ser considerada "indirecta" en cuanto al modo, pero plena y directa en cuanto al resultado, pues se obliga al mandante (además del mandatario)*". LEÓN ALONSO, J: "Comentarios al Código Civil"; art. 1709 y ss, tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1543 y ss.

²¹⁷ "En virtud de un constituto posesorio, es decir, convirtiéndose el adquirente o representante en poseedor por cuenta del representado. Aunque en teoría se trate de dos transmisiones, ambas se producirán en el mismo instante." No creo que realmente existan dos transmisiones, aunque en algún caso puedan producirse, pero ello no puede admitirse en el supuesto cooperativo: PUIG BRUTAU, J: "Compendio de Derecho Civil". Vol. I... *cit*, pág. 360.

²¹⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F en LACRUZ, J.L: "Elementos de Derecho Civil I", Vol. 3º. Bosch, Barcelona 1990, pág. 340 y ss. En el caso de cosas propias del mandante, derechos que proceden de fondos de éste, se produce una excepción, como ocurre en el mandato para adquirir, obteniendo el representante una propiedad formal que debe entregar y otorgar escritura pública de reconocimiento, y el representado una propiedad material. Una vez conocido el representado, puede ejercitar las acciones del representante y cumplir las obligaciones respecto del tercero sobre la base del artículo 1727. En este caso el representante puede quedar o no excluido de la relación con el tercero.

En la edición de 1998 se manifiesta a favor de la adquisición de derechos por el mandante y la posibilidad de traslado de acciones y obligaciones del mandatario a éste.

tercero, excepto que el representado y el tercero acuerden dejarlo fuera desde el momento en que el representado se da a conocer.

Con relación a la cuestión citada, SERNA MERONÑO²¹⁹ admite que la representación indirecta pueda producir efectos entre el representado y el tercero, pudiendo prescindir incluso del representante, y ello por las necesidades del tráfico jurídico que deben marcar el fenómeno representativo, sin que sea admisible que la existencia de trabas dogmáticas o teóricas lo impidan. Como plantea esta autora es interesante recordar que la eficacia de los supuestos representativos la marcan éstos, la realidad de los mismos, por lo que al igual que puede llegar a prescindirse del representante, en algún caso, como el cooperativo, puede interesar al representado acudir a él en materia de acciones y excepciones, al margen de la posibilidad de hacerlo por sí mismo.

PUIG I FERRIOL²²⁰ estudia la estructura de las relaciones en la representación indirecta, que produce efectos entre representado y tercero, aunque no automáticos. Entre representante y tercero tienen lugar una relación contractual, actuando ambos en nombre e interés propio. Entre el representado y el tercero se produce una relatividad del contrato, puesto que el tercero ignora la representación, relatividad que no continúa cuando el tercero conoce la representación. Cuando esto ocurre, el tercero sigue legitimado para accionar frente al representante, pero puede actuar también frente al

²¹⁹ SERNA MERONÑO, E: “*Comentarios al Código Civil*”... cit, art. 1259, pág. 543.

²²⁰ PUIG I FERRIOL, I. en PUIG BRUTAU, J. “*Fundamentos de Derecho Civil*”. Tomo I, vol. I... cit, pág. 966. Esta actuación frente al representado puede basarse en dos tendencias, la primera que estima que se trata de cosas propias del representado y como tales se dan los efectos de la representación directa, lo que no convence. La segunda orientación, desarrollada por el autor, considera que el conocimiento del tercero provoca el cese de la relatividad, y la posibilidad de acciones y excepciones entre representado y tercero, no indiscriminadas, sino sólo aquellas que correspondían al tercero respecto del representante en el negocio representativo, y no las personales del representado y representante. Quedan siempre protegidos los terceros de buena fe que no conocían la representación. Entre el representado y el representante hay conciencia de que es el representado quien adquiere directamente del tercero. El representante goza de una apariencia de titularidad, como manifestación de los contratos o negocios fiduciarios, distinguiéndose la propiedad formal del representante y la material del representado. Los terceros de buena fe que actúan con el representante no pueden verse perjudicados por la apariencia de titularidad.

representado. En obras más recientes, además de poner de relieve el carácter discutido de este tipo de representación, la fundamenta en que la actuación jurídica de la misma afecta al representado, al que pertenece el negocio, que incluso puede accionar contra el *tercero*²²¹.

DE LA CÁMARA²²² no admite la identificación, aunque sí la aproximación entre los efectos de la representación directa y la indirecta (considerada interposición real de persona, no representación). Se basa el autor en la incomunicación relativa con el principal o representado.

Según la anterior exposición acerca de las opiniones doctrinales sobre la representación indirecta y sus efectos, puede concluirse que la eficacia directa de la representación indirecta difiere según los casos, según se trate de derechos u obligaciones, y según nos encontremos en uno u otro momento de la evolución de la actuación representativa. *Admitida la actuación de la Cooperativa como representante indirecto del socio, deben analizarse los efectos que ello produce, y como puede extrapolarse la especial eficacia de la representación indirecta a este caso.*

VI.2. Eficacia de la representación en el caso cooperativo, en general y en la práctica.

Expuesta la visión de la doctrina acerca de los efectos jurídicos de la representación, debe analizarse la eficacia de la representación en el supuesto cooperativo, eficacia que podrá tener en cuenta o no las posibilidades vistas, en función de cual sea la realidad del

²²¹ PUIG I FERRIOL, L.: "Manual de Derecho Civil II"... *cit.*, pág. 675 y ss.

²²² DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M: "*Estudios de Derecho Civil*"... *cit.*, pág. 79, 96 a 137: Los efectos reales de la representación indirecta son parecidos a los de la directa -efectos inmediatos sobre el representado-, aunque se requiere que el representante reconozca y rectifique en el Registro el derecho del representado. Los efectos obligacionales son diferentes, puesto que la regla general de la representación indirecta es la ausencia de acción entre el representado y el tercero. Sin embargo hay supuestos de excepción, por tratarse de cosas propias del mandante, en los que el autor se muestra a favor de la acción entre el representado y el tercero, aunque el mandatario siga siendo obligado, pero ahora no es el único. En este sentido se ha entendido la relación entre la Cooperativa y el socio como interposición gestora, variedad que se deja fuera del concepto de representación, que queda limitado a la representación directa.

supuesto. Como la mayoría de autores ha puesto de manifiesto, partimos de que de la representación es una figura no regulada, por lo que su admisión no lleva a un único planteamiento; el estudio de la misma difiere en función de cada caso, y cada autor tiene su punto de vista particular. La representación se entiende como posibilidad abierta al estudioso de la misma, dentro de las máximas lógicas, admitidas y resueltas mayoritariamente por la doctrina. Partiendo de estas bases, vamos a analizar la representación del socio por la Cooperativa, según los momentos o fases de la vida cooperativa y la producción de efectos en cada uno de ellos.

La regulación cooperativa poco aporta a esta cuestión, puesto que se ocupa principalmente de las cuestiones formales de constitución, funcionamiento y extinción de la entidad. La condición de la Cooperativa como agrupación de los intereses comunes de los socios, expresada en el art. 1 de la LC, refleja su realidad de entidad colectiva constituida con objeto y fin de lograr las pretensiones de los cooperativistas, socios beneficiarios, que quedan obligados a contribuir a la actividad cooperativa, para lo cual se llega a constituir una masa económica distinta del capital social y patrimonio de la Cooperativa -art. 15, 16 y 52 LC-. La LC se refiere indirectamente -en el artículo 89.1º y 2º- a los efectos jurídicos de la representación de las Cooperativas de viviendas al concretar el objeto de la Cooperativa, proporcionar vivienda y/o locales a los socios, para lo que se desarrollarán por ésta las actividades o trabajos necesarios, y adjudicar o ceder la propiedad de las viviendas a los socios mediante cualquier título admitido en Derecho -artículo 89.3º-. Estas normas o remisiones teóricas, generales, no son exactas ni suficientes para definir la relación entre la Cooperativa y el socio y sus efectos, por lo cual debe analizarse la situación exhaustivamente desde el punto de vista práctico sin

olvidar las normas cooperativas, que pueden ser útiles en algún caso, y siempre refiriéndonos primero al supuesto admitido como principal.

Optamos por un estudio que tiene en cuenta las fases que se producen en la práctica cooperativa, que la condicionan y determinan, y ello porque la práctica representativa es la que determina cuáles son sus efectos, al margen de que en otros supuestos la solución sea distinta. No podemos evitar plantear “a priori” la existencia de distintas fases en la vida cooperativa, aunque éstas serán objeto de análisis en el siguiente capítulo. Por ahora nos interesa diferenciar la llamada reserva de plaza y la situación de aspirante a socio, de la inscripción como tal. En los momentos iniciales de reserva de plaza y de socio expectante o aspirante, previas a la inserción como socio en la Cooperativa, no hay relación asociativa ni representativa entre éstos, por lo que quedan excluidas del estudio de la misma. Nos limitamos al estudio de la eficacia de la representación en la fase principal en las Cooperativas de viviendas, desde la inscripción del socio hasta la adquisición de la propiedad de la vivienda.

La relación representativa entre la Cooperativa y el socio tiene su raíz en el negocio de constitución de la Cooperativa que la tiene en cuenta, aunque respecto de cada socio el momento de inicio de dicha relación es el de inscripción como tal o adhesión al contrato de constitución de la Cooperativa, en que el socio pasa a ostentar dos posiciones jurídicas respecto de la Cooperativa, socio y representado. La Cooperativa actúa en interés de los socios tanto a nivel puramente asociativo u organizativo, relación entre socios y formación de voluntad común, como a nivel representativo de los mismos frente a terceros, con relación a la consecución del objeto y fin de la Cooperativa, aunque ambas circunstancias, asociativa y representativa, no son fáciles de distinguir ni en la teoría ni en la práctica. En la práctica, en algún caso, se plantean problemas aislados de

cada una de ellas, aunque generalmente van unidas y es difícil distinguirlas. Además, las cuestiones asociativas -núcleo básico- afectan a la relación representativa con terceros.

El conocimiento de la práctica cooperativa efectiva, libre y correcta es fundamental en el análisis de sus efectos –como así hemos apreciado en nuestro acercamiento al mundo cooperativo-, aunque hay que decir que también se encuentran referencias interesantes en el estudio de los supuestos que plantean problemas y son objeto de litigio ante los Tribunales de justicia –éstos van a resumirse a continuación, puesto que las especiales connotaciones que presentan son necesarias para determinar la eficacia de la representación en el caso cooperativo-. Ello no significa que la eficacia venga determinada por los supuestos problemáticos, sino que del estudio de éstos pueden extraerse las reglas generales que permitirán interpretar aquélla. En el ámbito interno la Cooperativa goza de un sistema de organización y administración de los intereses de los socios, y asociados. Este aspecto organizativo sólo lo tenemos en cuenta en aquellos casos en que afecta a las cuestiones relativas a la promoción, construcción y entrega de las viviendas a los socios. En primer lugar, de los supuestos que se plantean ante los Tribunales –referidos a normas anteriores a la actual por razones lógicas, aunque admisibles en el marco de la nueva Ley- pueden deducirse las siguientes cuestiones. La jurisprudencia del TS admite que la Cooperativa se encuentra **legitimada**, tanto activa como pasivamente²²³, en las cuestiones internas²²⁴ cooperativas relativas a la

²²³ En muchos supuestos se plantea previamente al fondo, la cuestión de la legitimación activa o pasiva de la Cooperativa. Tanto en primera instancia, como en apelación y casación, se llega a la conclusión de que en el incumplimiento del contrato de obra por el constructor, el supuesto que más se plantea, la Cooperativa se encuentra legitimada activamente para exigir su cumplimiento o los vicios por ruina, al igual que los copropietarios, y no pasivamente por dicho incumplimiento: STS 21-6-1986 (Ar. 4769), 29-1-1991 (Ar. 345), 8-5-1995 (Ar. 3942). Algunos supuestos en los que en primera instancia se absuelve a la Cooperativa, que no puede ser demandada, son: STS 5-2-1993 (Ar. 829), fundamento de derecho primero, siendo demandantes la comunidad de propietarios y los copropietarios; STS 28-4-1993 (Ar. 2953), fundamento de derecho segundo, actuando como demandante la comunidad de propietarios. En apelación se resuelve en idéntico sentido en las STS 22-9-1994 (Ar. 6982), fundamento de derecho primero, en la STS 8-6-1992 (Ar. 5168), fundamento segundo (en ésta se pone en duda la legitimación activa de la Cooperativa, y la necesidad de que sea demandada). También en casación se plantean dudas respecto a la legitimación activa y pasiva, que son resueltas por el

organización o a la relación con socios, y en las externas²²⁵, con terceros que intervienen o colaboran en el proceso de construcción de las viviendas. La legitimación²²⁶ frente a

Tribunal a favor de la legitimación activa de la cooperativa, sin que pueda ser demandada, por no ser promotor constructor o vendedor, sino mediador: STS 14-4-1983 (Ar. 2112), considerando quinto, STS 6-3-1990 (Ar. 1672), fundamento de derecho primero.

Si el que reclama el cumplimiento es el constructor, la Cooperativa se encuentra legitimada pasivamente, junto con los socios en el caso de que las viviendas hayan sido adjudicadas: STS 18-6-1991 (Ar. 4522), fundamentos de derecho segundo y tercero: 29-11-1991 (Ar. 8575), fundamentos de derecho segundo a cuarto: 25-2-1994 (Ar. 1521), fundamentos de derecho primero a tercero, 10-10-1994 (Ar. 7471), fundamentos de derecho cuarto a séptimo.

Todo lo anterior es válido no sólo en la relación respecto del constructor de las viviendas, sino también frente a otros terceros, vendedor de solar, entidad financiera, empresa gestora, arquitectos, con los que la Cooperativa contrata en nombre de los socios, y por ello se encuentra legitimada tanto activa como pasivamente.

En los últimos años esta cuestión sobre la legitimación de la Cooperativa no se ha planteado con tanta frecuencia, porque la postura del TS ha quedado bastante clara, legitimada como representante de los socios y contratante con terceros.

²²⁴ La legitimación en las cuestiones internas tiene su base principal en que se trata de una persona jurídica con capacidad para actuar, capacidad que la Ley le concede.

En algún caso el Tribunal distingue la actuación con terceros de la actuación interna con los socios. Así, en un supuesto de baja voluntaria por incremento en el coste de la vivienda, ante la pretensión del socio de que se declare la inexistencia de personalidad jurídica y de capacidad de la Cooperativa, no lo admite y estima que *"la capacidad jurídica sería indispensable para las relaciones de la Cooperativa con terceros, pero no para las relaciones societarias internas de sus socios"*: STS 3-2-1996 (Ar. 411), fundamentos de derecho primero.

La capacidad de la Cooperativa para actuar en el ámbito interno se plantea también con relación al retracto por la venta de la vivienda de un socio a un extraño. Así, en la STS 1-7-1991 (Ar. 5311), fundamento de derecho segundo, el Tribunal, ante el planteamiento de que la Cooperativa no tiene capacidad para adquirir bienes que no entren en el cumplimiento de sus fines sociales, como es el caso, no lo admite y afirma que *"las Cooperativas, como personas jurídicas que son, tienen capacidad para adquirir y poseer bienes de todas clases..."*

²²⁵ La legitimación de la Cooperativa frente a terceros se produce por su condición de representante de los socios. Así en la STS 8-7-1982 (Juris. Civ 326), en sus segundo y tercer considerandos, el Tribunal afirma que la cuestión de la cesión de los derechos de socio a un tercero extraño a la cooperativa no sólo afecta al cedente sino también a la propia Cooperativa *"tanto como entidad colectiva cuanto a su carácter representativo de los socios que la integran y de los derechos que éstos puedan representar en relación con la cesión pretendida... produce la situación de "litisconsorcio pasivo necesario."*

Se plantean supuestos en los que la cuestión esencial, que resuelve el recurso, es la legitimación o no de la Cooperativa para actuar frente a terceros, aunque las viviendas hayan sido transmitidas a sus propietarios. La ausencia de legitimación planteada por el constructor reclamado por defectos constitutivos de incumplimiento del contrato de obra, no es admitida por el Tribunal, al considerar que la Cooperativa, como promotor - arrendador y dueña de la obra, se encuentra legitimada para *"exigir al arrendatario - constructor las responsabilidades derivadas del contrato básico... simplemente se ha tenido en cuenta la doctrina general de la contratación, plasmada en el art. 1257 del CC, y sancionada, para estos casos concretos, entre otras muchas en las sentencias de fecha 16-9-1988 (R. 6692) y 9-6-1989 (R. 4417)"*: STS 17-7-1990 (Ar. 5890), fundamento de derecho segundo. Con relación a esta sentencia CABANILLAS SÁNCHEZ, A: *"Comentario a la STS de 17-7-1990"*, en C.C.J.C núm. 24, pág. 931 y ss., comenta que, también estarían legitimados los sucesivos adquirentes de la vivienda, en base al art. 1591 del C. *"por ser los auténticos perjudicados por la ruina y los que, por tanto, puede probar el daño, presupuesto básico de la responsabilidad civil"*. Afirma que el TS admite la legitimación de la Cooperativa, porque parte de la base de que los dueños van a reclamar a ésta los vicios de su vivienda, pero duda de esta legitimación de la Cooperativa porque *"A nuestro juicio, no es correcto sostener que la Cooperativa es garante de la buena construcción de las viviendas para hacerla responsable de los vicios o defectos de construcción, como si se tratase de un promotor - vendedor, al que si considero garante, en los términos apuntados por las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1985 y 29 de junio de 1987, y, por tanto, asume una auténtica obligación de resultado consistente en la entrega de pisos y locales de acuerdo con los contratos celebrados y lo anunciado en la propaganda publicitaria (Sentencia del TS de 27-1-1977 - comentada por LASARTE en RIDP, 1980, pág. 50 y sigs.), construidos según la lex artis y exentos de vicios o defectos de"*

terceros se basa en su condición de representante indirecto, por lo que desde el momento de conocimiento de los socios representados, dueños de las viviendas, éstos quedan también legitimados y obligados frente a terceros (ver nota a pie 225). En la relación que la Cooperativa mantiene con los socios surgen problemas, cuestiones cooperativas internas, situándose aquéllos, respectivamente, en la posición de demandante y demandado. Pueden citarse los casos referidos a la expulsión y baja del socio,

construcción (CABANILLAS : La configuración jurisprudencial del promotor como garante, ADC 1990, pág. 227 y sigs.). Si no es pertinente confundir al promotor - vendedor con la Cooperativa de viviendas, que contrata a un constructor, a fin de atribuir las viviendas a los socios y familiares, es preciso considerar todavía más discutible que, con carácter anticipado, para eludir posibles responsabilidades, la Cooperativa demande al constructor, respecto a viviendas que ya han sido adjudicadas a los socios. En este sentido son diversos los casos de las S de 16-9-1988, 9-6-1989 y el de la sentencia que comento, aunque en los tres es extraordinariamente discutible la legitimación por anticipado del promotor - vendedor o de la Cooperativa para ejercitar la acción de responsabilidad decenal, habiéndose transmitido ya las viviendas, por venta o por adjudicación, a los compradores o los socios."

Se olvida el autor que la Cooperativa está formada por los socios y actúa como representante de éstos.

Ante un supuesto similar, en el que el constructor estima que la Cooperativa debería haber sido demandada como promotor, y no está legitimada activamente, porque ha transmitido las viviendas, ni tampoco los copropietarios que demandan por no hacerlo todos ellos, el Tribunal estima la legitimación activa de la Cooperativa, como representante de los intereses, y contratante con terceros "la Promotora contratante o Cooperativa de viviendas ostenta una situación o asume una posición de defensa de intereses de sus miembros o cooperativistas que le capacita para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses concertados con los miembros a quien representa... esta sala ha aceptado la legitimación de la promotora dueña de la obra para exigir las responsabilidades surgidas del art. 1591 frente a los técnicos y constructores con quienes contrató... la jurisprudencia fue reconociendo que frente a los constructores y técnicos, además de las personas que con ellos contrataron están legitimados por subrogación los sucesivos compradores de los pisos, quienes al adquirirlos adquirieron también la cobertura que el art. 1591 CC proporcionó al originario dueño de las obras. Los sucesivos adquirentes, pues, pueden ejercitar acciones derivadas de un contrato en el que no fueron parte... Pero de toda la línea jurisprudencial no se deriva la consecuencia de que el círculo de los legitimados activamente se reduzca a los propietarios, ni que éstos se vean necesariamente obligados a litigar contra todo el círculo de posibles obligados solidarios. Su legitimación adquirida por subrogación junto con el piso, no borra la legitimación de los promotores que contrataron con los constructores y técnicos y conservan acción para exigir el correcto cumplimiento del contrato con base en el vínculo nacido precisamente del mismo... ante cualquier infracción de este tipo, tanto por la vía del art. 1591 como la del incumplimiento contractual de los arts. 1101 y ss del CC, ambas acciones ejercitadas en la demanda, está perfectamente legitimada para el ejercicio de la pretensión... sin perjuicio de la transmisión de los derechos patrimoniales en los contratos sobre la venta de las viviendas construidas, no por ello desaparece su posición de la eventual responsabilidad frente a esos adquirentes, por lo que la Promotora puede anticipar su defensa ejercitando las acciones correspondientes frente a los causantes de los actos determinantes de dicha responsabilidad". STS 8-6-1992 (Ar. 5168), fundamento de derecho segundo.

En algún caso se plantea la legitimación de la Cooperativa como insuficiente para afectar a los socios, ya propietarios de las viviendas, en casos de tercería de dominio. "La única demandada en el pleito principal es la Cooperativa, y que, en este sentido, al ser los socios que tienen personalidad propia terceros al pleito y no haber sido demandados, mal puede ventilarse una tercería": STS 15-7-1992 (Juris. Civ 752) fundamento de derecho cuarto. STS 15-7-1992 (Ar. 6078), fundamento de derecho cuarto.

^{22b} Legitimación como relación del autor de un acto con el objeto de éste, que es diferente de la capacidad del sujeto para disponer y del poder de disposición de éste. Legitimación que corresponde a la Cooperativa como representante, fundamentada en el poder de representación, para el ejercicio de derechos ajenos, cuyo titular goza de facultad de disposición. Así lo entiende en general CUIENA CASAS, M: "Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales". Bosch. Barcelona 1996, pág. 495 y ss.

adjudicación de viviendas o garaje y pago de lo estipulado, así como defectos formales de la Asamblea (convocatoria, acuerdos...) y aspectos relativos a la actuación de los órganos cooperativos. La expulsión²²⁷ de los socios puede tener su causa tanto en incumplimientos o infracciones cometidas en el funcionamiento de la Cooperativa como persona jurídica, que producen efectos sobre los derechos relativos a la vivienda, como en el incumplimiento de los deberes económicos respecto de la actividad cooperativa. La baja²²⁸ del socio, voluntaria justificada o no, u obligatoria, se ve impugnada generalmente

²²⁷ Como ejemplos de supuestos de **expulsión** pueden citarse las siguientes STS, en las que mayoritariamente se ven afectados los derechos sobre las viviendas, pudiendo tener su causa en cuestiones relativas a la vivienda y el incumplimiento del socio: expulsión no admitida por ausencia de causa en supuesto de transmisión de participación de socio y de vivienda: 19-10-1979 (Ar. 3395), considerando segundo; expulsión nula por no haber sido notificada al socio y no haber existido expediente contradictorio: 14-10-1981 (Ar. 3739), considerando tercero; expulsión por mora en las aportaciones económicas recurrida por el socio extemporáneamente: 21-1-1983 (Juris. Civ 24), considerando segundo; expulsión admitida por falta muy grave, acusando de la comisión de un delito a un miembro de la Junta Rectora, actitud que es perjudicial para la cooperativa: 19-12-1985 (Juris. Civ 795), fundamentos de derecho tercero y cuarto; expulsión admitida por falta de pago de aportaciones económicas a la vivienda, sin que se pruebe el pago por el socio: 16-12-1986 (Juris. Civ 762), fundamentos de derecho segundo tercero y cuarto; expulsión no admitida por expresiones acaloradas en Asamblea que no constituyen falta grave: 31-1-1992 (Ar. 536), fundamento de derecho segundo; expulsión por falta de pago, no admitida por no haberse realizado una liquidación definitiva: 22-5-1992 (Juris. Civ 514), fundamentos quinto, sexto y séptimo; nulidad de expulsión por problemas de prescripción de la infracción: STS 4-12-1992 (Ar. 10001) fundamento de derecho segundo; expulsión por fraude de documentos, nula por haberla impuesto la Asamblea y no el Consejo: STS 2-3-1994 (Ar. 1641), fundamento tercero.

²²⁸ La **baja** voluntaria del socio no produce efectos económicos hasta que no exista un sustituto. Si no existe en el momento de adjudicación de la vivienda, el socio que pretendió causar baja debe cumplir con las obligaciones económicas que le correspondan, circunstancia que le es aplicable por venir impuesta en la Ley: STS 12-2-1987 (Juris. Civ 63), fundamento de derecho quinto. La baja voluntaria no justificada provoca una deducción del 20% en la aportación, y no puede calificarse de expulsión tácita si no ha existido expediente sancionador. En este caso, el socio reclama el reembolso por la Cooperativa, que tiene cinco años para cumplir con su obligación, y no puede, pasado este plazo, excepcionar la compensación de deudas del socio frente a la Cooperativa (tenía un plazo de prescripción de cinco años, durante el cual el socio es responsable de las obligaciones asumidas antes de la pérdida de su condición). El TS admite la reclamación de cantidad del socio, reclamación que no ha prescrito (no ha transcurrido el plazo de 15 años del art. 1964 CC): STS 12-4-1994 (Ar. 2792), fundamentos de derecho primero y segundo. Puede citarse el supuesto de la STS de 3-3-1998 (Ar. 1128), fundamento cuarto, en la que, ante una baja producida hace más de cinco años, que implicaría el fin de los derechos y obligaciones de los socios, el Tribunal admite que, como adquirentes de viviendas, se ven afectados por la quiebra de la Cooperativa que perjudica a terceros de buena fe –comentada por TRUJILLO DÍEZ, ver nota a pie 12-.

La baja voluntaria justificada da lugar al reembolso de aportaciones y cantidades abonadas por el socio, exigidas por éste a la Cooperativa, que se ven sometidas a un interés determinado por los Estatutos hasta la primera sentencia, y al interés legal incrementado en dos puntos desde esta sentencia hasta el pago total. No ha lugar a la devolución de la parte correspondiente en subvenciones oficiales: STS 24-12-1994 (Ar. 10383), fundamentos de derecho cuarto, quinto, sexto y octavo.

En un supuesto peculiar, de adquisición del patrimonio de una Cooperativa por otra, y posterior baja voluntaria del socio, se entiende en segunda instancia como un supuesto de liquidación de Cooperativa con aplicación del art. 393 del CC, y las consiguientes cuotas iguales para los socios. El TS no admite que exista comunidad de bienes, ni que se aplique dicha norma, sino las de liquidación de cooperativas. En este supuesto, el local litigioso había pasado a ser propiedad de la primera cooperativa, por lo que es cierto que no es de los socios, en régimen de comunidad: STS 30-9-1993 (Ar. 6667), fundamento de derecho séptimo.

por problemas en la devolución de las cantidades aportadas y el plazo admitido para que sea efectiva (hasta un máximo de cinco años), así como por la cuantía de las deducciones. La adjudicación²²⁹ de las viviendas es realizada por la Cooperativa respecto de los socios, como reconocimiento público de la propiedad que se materializa coetáneamente a la entrega. Los problemas que suelen plantearse respecto de la adjudicación tienen como base las cuestiones del criterio de adjudicación empleado y la

²²⁹ Como sistemas de **adjudicación de las viviendas** se emplea, tanto la antigüedad como el sorteo. En ocasiones el respecto al principio de igualdad en la adjudicación de viviendas, realizada por sorteo, sistema objetivo, quiebra con el incremento del precio de algunas viviendas en base, no al metro cuadrado, proporcional, sino a otras condiciones nuevas, distintas a las establecidas en la constitución de la Cooperativa: STS 21-10-1982 (Juris. Civ 420), considerando segundo. También en la STS de 20-3-1986 se estima vulnerado el principio de igualdad por la adjudicación realizada inicialmente mediante el criterio de antigüedad y posteriormente según la participación económica en la Cooperativa (aportación realizada sospechosamente por los socios más antiguos), aunque en este caso el criterio que vulnera el principio de igualdad es el empleado en la adjudicación de las viviendas a los socios. Parece que debería haberse empleado un criterio objetivo, como por ejemplo, el sorteo, o uno subjetivo como la antigüedad que hubiese sido admitido expresamente por todos los socios al concertar su ingreso en la Cooperativa y las pretensiones respecto a la vivienda y al socio.

En ocasiones la Cooperativa se niega a adjudicar la vivienda alegando la ausencia de pago del precio. El Tribunal afirma que la Cooperativa queda obligada a otorgar escritura, sin admitir el aumento de precio planteado, que sería una alteración de elemento esencial del contrato sin consentimiento de la otra parte, el socio: STS 7-1-1992 (Ar. 151), fundamento de derecho cuarto. En un caso similar al anterior, se obliga al socio a aceptar y pagar el costo real de lo construido, determinado en calificación definitiva, compensado con lo que la Cooperativa le debe, así como a la Cooperativa otorgar la escritura pública de adjudicación: 22-5-1992 (Juris. Civ 514), fundamentos quinto, sexto y séptimo (también este caso reúne las cuestiones de expulsión del socio y el problema de pago entre la Cooperativa y el socio. La adjudicación y otorgamiento de escritura no suele producirse hasta que los socios paguen las viviendas: 4-6-1992 (Juris. Civ 558), fundamentos de derecho primero y segundo. Se condena a la adjudicación de las viviendas en escritura pública en la STS 19-5-1998 (Ar. 3383), fundamentos primero a tercero.

La adjudicación y posterior transmisión de la propiedad precisa de un título traslativo de dominio, no bastando cualquier tipo de balance financiero que se refiere a la expectativa de una futura adjudicación: STS 31-5-1993 (Ar. 4059), fundamento segundo.

También se deniega al socio el derecho a que se le adjudique la vivienda. El Tribunal matiza que debe distinguirse el derecho a la adjudicación del derecho a ser declarado adjudicatario, que debían haberse pedido alternativamente. Con relación al caso concreto afirma que el socio se contradice al pedir el derecho a la adjudicación y afirmar que la vivienda le fue adjudicada y la cedió en pago de deudas: STS 22-11-1993 (Ar. 9178).

En una sentencia reciente, de 25-5-1998 (Ar. 4066), fundamentos cuarto y quinto, el TS, ante reclamación de cantidad de los socios a la Cooperativa, por contrato de permuta y préstamo hipotecario asumidos por ella sobre las viviendas, condena a aquéllos a pagar el préstamo asumido por subrogación en el negocio jurídico de adjudicación independiente: *"... especialmente al tratar de las teorías acerca del pago, como "acto" o como "negocio jurídico"... independientemente de que esta adjudicación de los pisos pudiera ser el cumplimiento normal de lo estipulado y querido por las partes, lo cierto es que este negocio no ha sido impugnado por las partes en ningún momento, por lo cual es perfectamente válido y a él hemos de estar y pasar, por lo cual la cuestión se centra - punto clave de este proceso- en el valor de dicho negocio jurídico de adjudicación... cuando hablan de la interpretación de la escritura pública de adjudicación y dicen que si bien constituye un negocio jurídico con naturaleza jurídica propia, responde a posibilitar el cumplimiento de la contraprestación... el negocio jurídico de adjudicación documentado en escrituras públicas con la adjudicación de las viviendas y con subrogación en la cuota parte específica del préstamo hipotecario, fue aceptado libre y espontáneamente por los actores, los cuales no hicieron ninguna objeción y tuvieron pleno conocimiento de la subrogación del préstamo*

necesidad de cumplimiento por el socio de las obligaciones económicas pactadas, así como la obligación de adjudicación exigible a la Cooperativa y la naturaleza jurídica de la misma. En materia de adjudicación de la vivienda también son problemáticos los criterios de determinación de la cantidad²³⁰ que se paga por ella. Con relación a las plazas de garaje también surgen problemas por el criterio de adjudicación²³¹. Es interesante observar que en ocasiones ha llegado ante los tribunales la distinción²³² entre las aportaciones para vivienda y las aportaciones al capital social. En orden a la actuación de los órganos cooperativos surgen algunas dudas respecto a sus facultades, actuación

hipotecario que asumieron plenamente y que han venido pagando, por lo cual se ha producido una novación de las condiciones principales."

²³⁰ En algunos supuestos, la modificación del **criterio de determinación del precio**, no el metro cuadrado sino otros nuevos (duplicando algunos conceptos del precio, a determinadas viviendas, por algunas cuestiones antes irrelevantes) se estima nula por vulnerar el principio de igualdad: STS 21-10-1982 (Juris. Civ 420), considerando segundo. No se admite la determinación el precio, basada en condiciones de capacidad, situación y orientación de al vivienda, realizada posteriormente a la adjudicación de las viviendas, porque infringe el principio de igualdad: STS 11-4-1987 (Juris. Civ 229), fundamento de derecho quinto con relación al antecedente de hecho tercero. En ocasiones se vulnera el principio de igualdad en la fijación del precio por aplicar a situaciones desiguales criterios iguales. Así, la determinación de igualdad de precio por la Cooperativa a bloques de viviendas, tengan o no locales comerciales o bajos comunes, conlleva desigualdad. La desigualdad inicial provoca una desigualdad en el precio de las viviendas, según el Tribunal en STS 13-6-1987 (Juris. Civ 382), fundamento de derecho sexto.

En los supuestos de VPO, el Tribunal diferencia los **supuestos de precio de venta superior al legal, de aquellos de coste superior al legal**. En los primeros, el Tribunal admite la nulidad parcial de la cláusula, no del contrato, que determina el precio por ser éste superior al autorizado en la legislación: STS 20-6-1985 (Ar. 6023), considerando primero y segundo; STS 24-6-1991 (Ar. 4577). Sin embargo, en los casos de incremento de precio superior al establecido para VPO, admite su validez por tratarse de una distribución del coste de la vivienda entre los socios *"las limitaciones puestas por la normativa no lo son para limitar el costo de la construcción sino, como constantemente se dice, los precios de venta y renta de las viviendas de protección oficial; refiriéndose la reclamación de cantidad objeto del juicio de que el presente recurso dimana no al precio de venta de alguna unidad de lo edificado, sino a la desprendida por la distribución o derrama de su costo entre los socios cooperativos, operación diferenciable a todas luces de la idea de venta a persona ajena a la propia constructora, ya que lo ha sido la misma cooperativa."* STS 3-12-1986 (Juris. Civ 53), fundamento de derecho quinto. También en este sentido la STS de 28-1-1991 (Juris. Civ 52), fundamento de derecho segundo.

En algún caso, la Cooperativa reclama a los socios cantidades que éstos le adeudan establecidas en Asamblea General, acumulándose las acciones en un mismo proceso. Los socios pretenden la nulidad de los acuerdos de la Junta, por no haber sido convocados, lo que no es cierto, siendo condenados a pagar: STS 30-3-1993 (Ar. 2539), fundamento de derecho segundo y quinto.

²³¹ En una supuesta **adjudicación legal de plazas de garajes** en Cooperativa, en que éstas son insuficientes para todos los socios, se emplea en primer lugar la adjudicación por sorteo, entre los socios más antiguos, lo que según el Tribunal vulnera el principio de igualdad, por no haberse realizado el sorteo entre todos los socios: STS 26-1-1983 (Juris. Civ 34), considerando segundo. En el mismo caso, posteriormente, la Cooperativa adjudica las plazas sustituyendo el criterio de antigüedad por el de participación económica en las plazas, participación realizada por los más antiguos, que no está acreditada y no ha sido recabada al resto de socios, lo que vulnera el principio de igualdad: STS 20-3-1986 (Juris. Civ 183), antecedente de hecho primero y fundamentos de derecho primero y segundo. Esta sentencia ha sido objeto de comentario, estimando que no debe admitirse la antigüedad como criterio, no de adjudicación, sino de exclusión de la adjudicación: VERGÉZ SÁNCHEZ, M: *"Comentario a la STS de 26-1-1983"*, en C.C.J.C núm. 1, pág. 81 y ss.

extralimitada, responsabilidad, el destino dado a las aportaciones cooperativas...²³² La actuación de los órganos cooperativos implica la responsabilidad de la persona jurídica frente a terceros en cualquier caso, por razones de seguridad jurídica, excepto ante la

²³² STS 27-1-1986 (Juris. Civ 31), fundamentos de derecho octavo, noveno y décimo.

²³³ En la **actuación de los órganos cooperativos** representando a la persona jurídica se plantean cuestiones diversas. Su consideración es importante puesto que la Cooperativa actúa a través de ellos. Así, ante la realización de actos que puedan implicar un **destino distinto del previsto** para los fondos destinados a las viviendas, como es una hipoteca, el Tribunal afirma que *"aquellos que propiamente se prohíbe en ellos es que las aportaciones efectuadas para la construcción se empleen en otros fines cooperativos, pero sin excluirlas de la disponibilidad a través de los órganos cooperativos siempre que la voluntad de éstos aparezca formada correctamente... los actos de disposición cuestionados obedecen justamente a la necesidad de pagar a la constructora el precio de la obra ejecutada para cuya efectividad se comprometieron y realizaron las aportaciones los socios disidentes, que han recurrido"*: STS 27-1-1986 (Juris. Civ 31, fundamento de derecho octavo). Como puede observarse, este supuesto afecta, no sólo a Cooperativa y socio sino también a terceros con los que se contrata, en este caso el constructor que admite la hipoteca sobre las viviendas.

Si hay duda respecto a si la actuación de los órganos cooperativos ha sido realizada con las **suficientes facultades** para ello, debe demandarse tanto a la Cooperativa como a la persona física que actúa, en este caso el Presidente, por si acaso le es exigible alguna responsabilidad: STS 3-12-1984 (Ar. 6022), considerando segundo. En este supuesto, también se ven afectados los terceros, puesto que son ellos quienes reclaman a la Cooperativa el pago de las letras de cambio, y les afecta que se declare que existe un litisconsorcio pasivo necesario, debiendo demandar también al presidente de la Cooperativa.

En la STS 30-4-1988 (Ar. 3332), considerando cuarto, se afirma por el TS que si se reconoció al vicepresidente la facultad de adquirir, también se admite que pudiera subrogar a otro en su lugar.

Si la actuación de las personas físicas que encarnan los órganos cooperativos excede de sus poderes de representación en la relación con terceros de buena fe, adquirentes de locales comerciales, la Cooperativa responderá, al margen de que pueda exigir responsabilidad a aquellos (miembros del Consejo Rector), al menos así lo ha entendido el TS en S de 30-12-1993 (Ar. 9912), fundamentos de derecho primero a octavo.

La actuación del Presidente de la Cooperativa sin facultades para ello, por faltar el acuerdo de la Junta que debía autorizarle para actuar, podría llevar a la nulidad de lo actuado. Sin embargo, en la STS 27-9-1995 (Ar. 6453), fundamentos de derecho primero y segundo, el Tribunal mantiene la validez del préstamo hipotecario, contratado por el Presidente sin facultad expresa para ello, por razones de seguridad jurídica, puesto que el tercero no actuó de mala fe y debe verse protegido. Al TS le es indiferente el argumento de la ratificación por la mayoría de los socios de lo actuado, basta con argumentar la protección de terceros, cuya buena fe no ha sido cuestionada.

La actuación del Presidente, otorgando escrituras públicas a algunos socios y a otros no (por falta de pago), es alegada por los socios afectados que demandan a la Cooperativa por ausencia de escritura, actuación ilegal del presidente y violación de la igualdad de derechos entre los socios. El Tribunal no admite la actuación ilegal del Presidente, que responde a un acuerdo de la Asamblea que no ha sido impugnado: 4-6-1992 (Juris. Civ 558), fundamentos de derecho primero y segundo.

En algún caso, sin hacer referencia exacta a si se trata del Director de la Cooperativa o de un miembro del Consejo Rector, se plantea la nulidad de lo actuado por éste en orden a la venta de un local de negocio a su cónyuge, sin solicitar la autorización a la Asamblea General, nulidad que es admitida por el TS, con restitución de las prestaciones recíprocas entre la Cooperativa y el tercero (cónyuge). En este caso, la sentencia versa sobre la diferencia entre la venta de local a tercero y la adjudicación de vivienda a socio. No se plantea la posible responsabilidad del sujeto que, en nombre de la Cooperativa, celebró el contrato nulo: STS 24-2-1992 (Ar. 1513), fundamentos de derecho segundo y tercero.

En la actuación del Presidente de la Cooperativa, celebrando un contrato de permuta sobre el solar, a cambio de viviendas, se alega por la Cooperativa, demandada por el tercero, que el Presidente se ha extralimitado en sus funciones. El Tribunal estima que, incluso en caso de extralimitación, puesto que la Cooperativa se ha beneficiado del solar, y ha construido una primera y una segunda fase sobre éste, queda obligada por estos actos posteriores, y por la repercusión económica que ha tenido sobre ella, beneficiada, que ha construido sobre este solar: STS 31-12-1994 (Ar. 10490), fundamento de derecho tercero. Como supuesto de extralimitación de las funciones puede citarse la STS 10-3-1989 (Ar. 2032), fundamento cuarto.

mala fe del tercero, así como la de las personas físicas que actúan por ella (Presidente, Consejo Rector...), pudiendo exigirse incluso, responsabilidad penal de éstos²³⁴. Como se observará estas cuestiones internas, de organización o relación entre la Cooperativa y los socios, afectan también a la relación con terceros, sobre los que recae en último caso el incumplimiento de la obligación de pago por los socios, el cese en la condición de tales, y a los que atañe la actuación de los órganos cooperativos excediéndose en sus facultades.

Los problemas que se plantean en la **relación con terceros** suelen referirse a la actuación de la Cooperativa, representante, frente a constructores, arquitectos, empresa gestora, compañías de seguros, entidades financieras... o incluso a la venta de locales comerciales, y en este campo debe analizarse la eficacia de la representación. En la relación representativa entre la Cooperativa y el socio pueden distinguirse, en función del conocimiento del socio por el tercero, dos fases, anterior y posterior a éste. La fase inicial comprende desde la constitución de la Cooperativa y posterior inscripción de los socios hasta el conocimiento de éstos; desde el momento en que se conocen los representados, los efectos jurídicos varían.

En el primer periodo, la representación se caracteriza por la producción de efectos jurídicos entre el representante y el tercero. La Cooperativa agrupa los intereses de los socios y actúa por cuenta de ellos frente a terceros (el dueño del solar adquirido, el constructor de la obra, el Banco o entidad que financia la construcción, los arquitectos del proyecto), y en esta etapa, o incluso antes si existen tratos preliminares previos a la constitución, se inician la mayor parte de relaciones con terceros, básicas para la construcción de las viviendas. Así tiene lugar la contratación relativa al solar y su

²³⁴ Ver nota a pie 147.

adquisición, la financiación de la construcción, la redacción de anteproyectos y proyectos sobre el edificio, así como el encargo de la gestión a una empresa dedicada a ello. El negocio representativo básico o principal es el que surge con el constructor, el contrato de obra²³⁵, sin olvidar la adquisición de la propiedad del solar, por el que nace, en

²³⁵ También en Italia, en las Cooperativas de construcción de viviendas en régimen de propiedad individual, es común la **construcción por un tercero** (mediante “appalto” o contrato de obra), lo que no excluye que pueda encargarse la cooperativa de la construcción de las viviendas. En el primer caso la Cooperativa actuaría de forma similar a un representante, mandatario o gestor de los socios. Este es el supuesto nuclear o central de la presente tesis. Hemos planteado, en otros apartados, que nos centraríamos en los casos en que la construcción se encarga a un tercero constructor. Esta situación es admitida por la doctrina y justicia italiana, aunque no por sus normas. Con relación al contrato de obra “appalto” celebrado entre el constructor y la Cooperativa (se supone posterior a la inscripción de los socios), la justicia italiana entiende que la obligación de pago es exclusiva de la Cooperativa (el pago indebido recae sobre su patrimonio social), que no puede ser sustituida por el asignatario, porque no existe relación entre el contrato (compraventa) celebrado entre la Cooperativa y el constructor y el préstamo entre el asignatario y los prestamistas. Posteriormente, mediante un perito, se procederá al reparto del costo de la construcción entre los asignatarios, sobre la base de criterios técnicos discrecionales. RINAUDO, A : “*Le società cooperative*”. AG, Giuffrè editore, Milano 1982, pág. 863 y ss.

Aunque en algún aspecto el supuesto italiano no sea similar al nuestro, hay cuestiones paralelas, que no se le escapan al lector, el contrato de obra, la obligación de la Cooperativa respecto del constructor, el reparto del costo... Además, también en Italia son la doctrina y la jurisprudencia quienes analizan esta situación por su importancia práctica, aunque el legislador no la tenga en cuenta todavía.

En Francia se observa la diversificación de actividades, aunque la asignación de tareas se realice de forma diferente del supuesto cooperativo español. Así, se hace referencia a la representación, gestión, construcción, financiación, que en los casos en que sean asumidos por un tercero o incluso por el representante legal de la Cooperativa, dan lugar a un supuesto de promoción inmobiliaria. HUET, J : “*Traité de Droit civil*”. Les principaux contrats spéciaux. LGDJ, Paris 1996, pág. 1322 : “Se distinguen muchas funciones dentro de la operación económica de construcción. Antes de todo, la realización misma del inmueble, es decir la construcción en sentido estricto del término, que va de la ejecución de los trabajos a su coordinación... En fin, existen tareas de gestión de la operación de construcción que comprenden la conclusión de contratos con los diversos cuerpos de trabajo y el cumplimiento de formalidades diversas, especialmente administrativa, y pueden ir hasta la concepción de un plan de conjunto tratándose de la realización de un programa de promoción inmobiliaria : para ello, frecuentemente, un mandato es dado por el cliente al profesional, constructor. La voluntad de asegurar mejor esas diferentes funciones y, a veces, de concentrarlas en una sola mano como en la promoción inmobiliaria ha contribuido a provocar transformaciones jurídicas, en la concepción de los contratos. Hay otros factores que han determinado esta evolución del derecho. Uno de ellos reside, sin duda, en la complejidad creciente de las formalidades de todo orden, que mueven a las personas deseosas de construir a dirigirse a profesionales especializados : el dueño de la obra en sentido tradicional del término, el que tiene relaciones directas con los arquitectos o empresarios que dirige, no existe ya. Pero la mayor importancia la tiene la necesidad de financiación de la construcción : se ha subrayado, “aun respaldados por los bancos, los promotores no tienen en general los medios financieros necesarios suficientes para soportar solos la operación de construcción”, de donde “la idea de hacer participar a la financiación... a los que acceden a la propiedad de los locales a construir”. Y las fórmulas contractuales nuevas tienden a permitirlo. Se podría, cierto, satisfacer estas diversas necesidades utilizando los modelos clásicos del Código Civil, especialmente la venta de cosa futura o el arrendamiento de obra tradicional, eventualmente con un mandato añadido, y demandando al cliente que proceda a realizar avances de fondos. Pero en esta situación, se podría temer que el adquirente potencial esté expuesto a riesgos importantes, en particular aquellos de no ver sus pagos culminar, finalmente, sobre una construcción acabada y conforme a las promesas hechas. Además, se sentía la necesidad de una protección del que accede a la propiedad, y es aquella que constituye la esencia del derecho especial de la construcción.” Así se afirma en el art. L. 111-14 del Code de la construction : “Se considera constructor de la obra : 1° todo arquitecto, empresario, técnico u otra persona unida al dueño de la obra por un contrato de arrendamiento de obra; 2° toda persona que vende después de acabada una obra que ha construido o ha hecho construir (estaría incluida toda sociedad cooperativa de construcción que construye por sí misma sin acudir a un tercero, utilizando el contrato de venta, art. 213-8, o que encarga construcción a un tercero); 3° toda persona que, aunque en calidad de mandatario del dueño de la obra, cumple una misión asimilable a un arrendatario de obra. (promotor - sea un tercero ajeno o el representante legal o estatutario de la

ocasiones, la comunidad sobre la “masa de gestión económica” –sino no existe ya por las aportaciones en común de los socios-. Refiriéndonos al primero, aunque lo afirmado puede extrapolarse a cualquier relación con tercero, la Cooperativa contrata con el constructor como dueña de la obra -término reiterado por la jurisprudencia²³⁶, que la distingue del promotor y del contratista de obra-. El tercero desconoce la existencia de los socios y su identidad, e incluso el conocimiento de su existencia en algunos casos no afectaría a las relaciones jurídicas entre los sujetos, y ello porque quien actúa con él es la Cooperativa, que ostenta personalidad jurídica que le permite actuar independientemente y en nombre propio. La manifestación y causa del contrato de obra es la recepción de la obra parcial y sucesivamente por la Cooperativa, junto con el pago del precio de la Cooperativa al constructor, total o mediante cantidades a cuenta. Aparentemente la Cooperativa adquiere los derechos sobre la obra y transmite la contraprestación pactada, apariencia “formal” puesto que los derechos recaen realmente sobre los socios. A diferencia de lo expresado respecto de los derechos, las obligaciones de lo contratado afectan a la Cooperativa, que goza de la posibilidad de accionar y excepcionar frente al constructor por el incumplimiento de dicho contrato. El constructor adquiere, recíprocamente, derechos y obligaciones respecto de la Cooperativa, con base en el

Cooperativa de atribución, sea una entidad prestataria de servicios como las SA de producción de ILM). No considera responsables respecto al dueño de obra a los subcontratados no unidos al primero por arrendamiento de obra.

²³⁶ Como así vimos en el apartado 2.3.4. del capítulo segundo, dentro de la interposición gestora, con relación a la opinión del TS acerca de la teoría de la representación indirecta y su aplicación a los supuestos cooperativos, especialmente con relación a las reclamaciones por incumplimiento de los contratos celebrados con terceros. Por su tratamiento más completo nos remitimos a dicho apartado, y a lo que diremos en el capítulo quinto respecto de las relaciones con terceros.

La Cooperativa es considerada dueña de la obra, reclamando el cumplimiento al constructor, entre otras, en las siguientes sentencias: STS de 14-4-1983 (Ar. 2112), STS 20-2-1989 (Ar. 1212), STS 17-2-1990 (Ar. 693), STS de 29-1-1991 (Ar. 345), STS 1-10-1991 (Ar. 7254), STS 8-6-1992 (Ar. 5168), STS de 22-9-1994 (Ar. 6982), STS 25-10-1994 (Ar. 7682), STS 30-7-1996 (Ar. 6413)...

También hay supuestos en los que quien reclama el cumplimiento del contrato es el constructor a la Cooperativa, dueña de la obra, como los de: STS 9-6-1989 (Ar. 4414), STS 18-6-1991 (Ar. 4522), STS 5-6-1990 (Ar. 4732), STS 29-11-1991 (Ar. 8575), STS 25-11-1991 (Juris. Civ 851), STS 4-6-1992 (Juris. Civ 558), STS 25-2-1994 (Ar. 1521), STS 10-10-1994 (Ar. 7471)...

citado contrato de obra. La obligación de pago es exigible por el constructor a la Cooperativa, que recibe la obra en representación de los socios. El socio representado no interviene en dicha relación y se beneficia de la representación indirecta de la Cooperativa; de tal forma, adquiere sustancialmente los derechos sobre la obra en conjunto, y las obligaciones cooperativas de contribuir económicamente, pero no queda directamente obligado, ni puede accionar frente al constructor. Ni la obra en conjunto, ni las viviendas, son de la Cooperativa –representante-, ni el precio que paga por ellas –pagos parciales, a cuenta, o totales-, que es aportado por los socios. Dicha obligación de aportación es exigible por la Cooperativa, como obligación del socio adquirida en el momento de ingreso en la persona jurídica, y recogida tanto en los Estatutos como en las Leyes.

En este período, en orden a los negocios representativos básicos celebrados, contratos de obra, adquisición del solar, financiación..., los efectos jurídicos de la representación se producen entre el representante, la Cooperativa, y los terceros. Es ajena al tercero la relación interna entre la Cooperativa y el socio, que vienen obligados entre sí por la relación jurídica originaria o subyacente de constitución de la Cooperativa, y por la representación. La situación de la Cooperativa respecto de la adquisición de los derechos, especialmente la propiedad de la obra, podría considerarse una posesión inmediata frente al poseedor mediato o socio, o una titularidad formal distinta de la material, del socio, pero es preferible afirmar simplemente que es propietaria de la obra y de la contraprestación de ésta de forma “aparente”, por su condición de representante. Este período finaliza con la recepción de la obra por la Cooperativa y posterior adjudicación y entrega de las viviendas. La Cooperativa como dueña de la obra la recibe y paga lo que reste al constructor, en cumplimiento del contrato celebrado entre ellos -

generalmente el pago tiene lugar durante la construcción, sucesivamente, en función de distintos criterios, entregas de obra, hitos determinados...-, y se dispone a culminar los trámites que resten para que los socios adquieran la propiedad de las viviendas, quizá ya adjudicadas nominal y previamente.

El segundo período coincide con la identificación del representado, circunstancia que tiene lugar cuando se adjudican y entregan a las viviendas a los socios, aunque los efectos erga omnes de su propiedad se produzcan con la inscripción de la escritura pública de adquisición de aquéllas en el Registro de la Propiedad. El conocimiento de la existencia de los socios representados modifica los efectos de la representación frente a los terceros. En ese momento, aunque la Cooperativa continúa vinculada con el tercero respecto de las obligaciones del contrato de obra cumplidas o no por ambos, y de posibles acciones, los efectos fundamentales se producen en la relación entre el tercero y el socio. La Cooperativa, hasta entonces aparentemente dueña de la obra, deja paso al socio, propietario de la vivienda, frente al constructor y otros terceros, y se limita a reconocer e instrumentar esta propiedad, entregando las viviendas y otorgando escritura pública de su adquisición. Lo anterior implica que los derechos y obligaciones del negocio representativo de obra celebrado con el tercero producen efectos sobre el representado, el socio. El socio adquiere en ese momento el derecho a accionar o reclamar al constructor, por las circunstancias derivadas del contrato de obra celebrado, o por vicios en la vivienda, y derecho a excepcionar todo aquello relativo a esta relación, nunca las excepciones personales que él tuviese en su relación con la Cooperativa, lo que no excluye, como ocurre en muchos casos, que aún entregadas las viviendas, sea la Cooperativa quien reclame el incumplimiento del contrato de obra²³⁷. El tercero²³⁸ puede

²³⁷ Como dijimos en el capítulo segundo, la Cooperativa puede reclamar el incumplimiento del contrato de obra por defectos en la construcción. Así en la STS de 14-4-1983 (Ar. 2112) actúa como dueña de la obra frente

a arquitectos, constructora y compañía de seguros, sobre la base del cumplimiento de las obligaciones (art. 1091 y 1258 CC). El TS, considerandos quinto a octavo, sólo estima exigible la responsabilidad a la empresa constructora, por defectos previsibles y evitables.

En otros supuestos similares, la reclamación de la Cooperativa, dueña de la obra, se basa en el art. 1258 en relación con el 1591 del CC. La Cooperativa demanda a arquitectos, constructora y compañía de seguros por ruina del edificio. El TS admite la legitimación de la promotora – dueña-, y clarifica la condición de la Cooperativa, que no es promotor – constructor sino dueño de la obra, al margen de la responsabilidad en la construcción de la misma. Se condena a la constructora por los defectos que *“que configuran un incumplimiento contractual que hacen inútil lo construido para el cumplimiento de su destino conforme a su naturaleza, defectos que, en el presente caso, tienen su origen en una incorrecta realización de las obras materiales de ejecución de la obra proyectada por inobservancia de las reglas del arte de la construcción, imputables, única y exclusivamente, al constructor a tenor del art. 1591 del Código Civil.”* STS 20-2-1989 (Ar. 1212), fundamentos de derecho segundo y tercero. En la STS de 29-1-1991 (Ar. 345) fundamento de derecho segundo, se admite la reclamación de la Cooperativa basada en defectos que provocan la ruina de las viviendas, en relación con el contrato de obra por el que fueron construidas. En el fundamento tercero el Tribunal hace referencia a las tres posibles vías de exigencia de reparación de defectos no ruinógenos: como vicios ocultos, como cumplimiento defectuoso de una obligación (STS de 14-4-1984), como recepción anulable de la obra por error en la sustancia; mientras que en el caso de ruina la vía es la del art. 1591 del CC. Otro caso de ruina unida al exceso en la obra ejecutada, es el de la STS 1-10-1991 (Ar. 7254), que en el fundamento de derecho segundo impone al constructor, entre otros, la responsabilidad del art. 1591 del CC por vicios ruinosos en lo realmente construido, sin tener en cuenta lo realmente contratado.

Generalmente se insta tanto la responsabilidad por ruina del art. 1591 CC, como la responsabilidad por incumplimiento contractual de los art. 1101 y ss del CC, responsabilidad exigida al constructor por la Cooperativa y por los **copropietarios**. En este caso, el Tribunal manifiesta que probada la existencia de los defectos y la imputabilidad de los mismos a constructores y arquitectos, es indiferente demostrar que existe o no ruina, porque siempre hay incumplimiento contractual. STS 8-6-1992 (Ar. 5168) fundamento de derecho segundo. En la STS de 22-9-1994 (Ar. 6982), fundamentos de derecho segundo, tercero, séptimo y noveno, por demanda de la Cooperativa y de la comunidad de propietarios frente a constructor, arquitectos y aparejadores, éstos son condenados solidariamente por vicios y defectos en las viviendas. Recurren arquitectos y aparejadores ante el TS, que estima la condena solidaria de todos los demandados, por incumplimiento del contrato de obra (art. 1544, 1101, 1091, 1258 y 1278), independientemente de que exista o no ruina, y de la participación de cada uno de ellos, difícil de definir.

También puede producirse una reclamación de la Cooperativa al constructor con reconvencción de éste. Nos referimos al caso en que la Cooperativa reclama las cantidades indebidamente cobradas por el constructor sobre la base de una revisión de precios, mientras que el constructor solicita la devolución de la fianza prestada a la Cooperativa hasta la recepción de la obra. El TS admite ambas deudas, y procede a la compensación de éstas: STS 17-2-1990 (Ar. 693), fundamentos de derecho segundo, tercero y cuarto.

Los **propietarios de viviendas defectuosas** pueden reclamar por vicios, a la Cooperativa, al constructor, y arquitectos, así como al promotor-vendedor, sobre la base del art. 1258 y 1591 del CC. En el supuesto de la STS 25-10-1994 (Ar. 7682), fundamentos de derecho primero y segundo, resultan condenados todos en primera instancia, y exonerados en parte los arquitectos en la apelación. Interpuesto recurso de casación por el promotor-vendedor, es desestimado por el Tribunal, que admite la responsabilidad solidaria de los demandados por incumplimiento contractual. No se hace referencia a la responsabilidad de la Cooperativa.

²³⁸ También hay supuestos, a algunos de ellos nos referimos también en el capítulo anterior, en los que **quien reclama el cumplimiento del contrato es el constructor** a la Cooperativa por falta de pago del costo de la obra realmente ejecutada. El TS está conforme con esta obligación que evita un enriquecimiento injusto de la Cooperativa, al margen de lo dispuesto en el art. 1593 del CC, que debe ser convenientemente interpretado. STS 9-6-1989 (Ar. 4414), fundamento de derecho quinto. En un caso similar, reclamado el incumplimiento de la Cooperativa por el constructor y planteada reconvencción por la primera sobre incumplimiento del constructor, el Tribunal concluye que es la primera la que incumplió el contrato de obra, al pretender un incremento de precio indebido y en consecuencia resolver y contratar con otro: STS 25-2-1994 (Ar. 1521), fundamentos segundo y tercero. También en el supuesto de la STS 10-10-1994 (Ar. 7471), fundamentos de derecho cuarto, quinto, sexto y séptimo, ante la reclamación del constructor del incumplimiento de la Cooperativa, y sendos recursos de ambos sujetos, el Tribunal mantiene únicamente la condena de cumplimiento a la Cooperativa para evitar el enriquecimiento de ésta, que ha recibido la obra, lo que equivale a autorización tácita y aceptación del precio, incluidas las mejoras (art. 1593 CC).

En ocasiones el constructor reclama el pago de la obra aceptada y entregada por la Cooperativa, y ésta alega vicios ruinógenos, y el consiguiente incumplimiento contractual. En este caso, puesto que la Cooperativa firmó el

reclamar a la Cooperativa y también al socio por incumplimiento del contrato -falta de pago-, en este último caso con base en la adquisición de la vivienda concreta cuyo coste no ha sido pagado²³⁹. Generalmente, siempre que puede, el constructor demanda primero

convenio de aceptación y liquidación de la obra, no puede posteriormente sostener dichos defectos, que ni son ruinosos, ni ocultos, y pueden simplemente responder a partes de la obra contratada inicialmente no ejecutadas: STS 29-11-1991 (Ar. 8575), fundamentos de derecho tercero, cuarto y quinto. Aunque sea el constructor quien reclame el pago de la obra, no siempre lo reclamado responde a la realidad, como en el supuesto de la STS 25-11-1991 (Juris. Civ 851), fundamento de derecho segundo, en la que el verdadero incumplimiento probado y condenado en las tres instancias es el del constructor, planteado mediante reconvencción de la Cooperativa. Ante embargo de algunas viviendas por el constructor, al que no se le satisface el crédito que ostenta frente a la Cooperativa instrumentado en letras de cambio, los socios solicitan el levantamiento del embargo y la devolución de las letras. El Tribunal no lo admite, porque el crédito no se ha pagado: 4-6-1992 (Juris. Civ 558), fundamentos de derecho primero y segundo. También se ven afectada la Cooperativa por terceros, aparentemente ajenos, en otros supuestos como los que se refieren a los suministradores.

También ocurre que el constructor reclama el pago del costo de la obra ejecutada (incrementada por revisiones e impuestos modificados a lo largo de ésta), primero a la Cooperativa. Ante la pasividad de ésta, demanda el cumplimiento del contrato a la Cooperativa y a los socios, ya adjudicatarios y propietarios de las viviendas. El Tribunal en este caso, estima deudores mancomunados a los propietarios de las viviendas de la promoción afectada por el incremento de coste, puesto que no han cumplido con su obligación de costear los gastos constructivos. Afirma también que deben distinguirse la responsabilidad limitada de los socios por deudas sociales (limitada a la aportación de cada uno), de las deudas de construcción de la vivienda que obtienen: STS 18-6-1991 (Ar. 4522), fundamentos de derecho segundo y tercero.

El constructor que ejecuta reclama el pago de la obra a la coordinadora general de la misma, empresa admitida como mandatario y mediador de la Cooperativa, encargada de prestar el servicio de coordinación y pago de las obras. El coordinador excepciona la falta de litis consorcio pasivo necesario, por no haber sido demandada la Cooperativa de viviendas. El Tribunal estima que el mandato confiere al mandatario encargado del pago frente al constructor la condición de sujeto pasivo frente a éste, al margen de las consecuencias jurídicas derivadas de las relaciones entre el mandatario y la Cooperativa: STS 5-6-1990 (Ar. 4732), fundamentos de derecho segundo y tercero. Pienso que en este supuesto, el Tribunal Supremo admitiría la reclamación de pago a la Cooperativa si el mandatario no cumple en ningún caso, o no puede cumplir, o si el constructor decide demandar al mandante directamente, por ser éste el obligado en último caso.

²³⁹ En otros ordenamientos también se prevé el pago de la vivienda según el coste de la misma. En Italia, ROEHRSSEN, G. *"Edilizia popolare de economica"*. Enciclopedia del Diritto vol. XIV. AG. Giuffrè editore, 1965, pag. 347, afirma en relación a la retribución de los socios para obtener la vivienda (il corrispettivo), la necesidad de distinguir los supuestos de transmisión de propiedad de los de cesión de uso, lo que no impide la manifestación de "un criterio general que inspira todas las disposiciones, que es aquel de **cubrir**, con las retribuciones debidas de los asignatarios, **el costo de construcción de la vivienda y los gastos generales que debe sostener el sujeto que lo gestiona**". El pago del precio puede producirse de una sola vez o a plazos. La regla es que la propiedad se transfiere al asignatario sólo al término del pago del precio, y para ello se prevén garantías en los pocos casos en los que la propiedad se transmite inmediatamente. Respecto a la naturaleza de la retribución, ésta se encuentra en íntima relación con la naturaleza del acto de asignación.

En Francia, algún autor considera que, pese a toda la discusión respecto del carácter asociativo o societario, las Cooperativas no son verdaderas sociedades porque "se proponen, no un beneficio, sino simplemente procurar ciertos productos a sus miembros a un mejor precio." La venta a mejor precio conlleva un posterior reparto, "que no se trata de verdaderos beneficios, sino de restitución de sumas obtenidas de más". Así opinan COLIN, A y CAPITANT, H: *"Cours élémentaire de Droit Civil Français"*. Tomo II. Dalloz, Paris 1953, pág. 768-9. Mantienen esta visión, aunque partan de la consideración de beneficio, no sólo como ganancia económica sino como realización de un beneficio, cualquiera que sea su naturaleza, suma de dinero o ventaja de otra especie.

En los dos tipos cooperativos de construcción el socio paga el coste real de la vivienda. En las Cooperativas de atribución, porque paga según el valor de su lote en la división que se realiza al finalizar la construcción de las viviendas. En las Cooperativas de venta, porque el precio de venta es provisional, lo que es lógico puesto que la cooperativa vende a precio de coste. No conoce el coste definitivo hasta después del acabado de las viviendas: MALINVAUD, P y JESTAZ, P: *"Droit de la promotion immobilière"*. Dalloz, Paris 1995, pág. 374.

a la Cooperativa –con la que contrató- antes que a los socios, lo cual es lógico por la personalidad jurídica de ésta, y su eficacia representativa frente a terceros²⁴⁰. Durante este período, la modificación de los efectos jurídicos respecto del primero se produce al tratarse de cosas propias del representado, cuyo conocimiento por el tercero afecta a la eficacia del negocio. No se excluye la posibilidad de acciones entre el constructor y la Cooperativa, basadas en el contrato de obra. También se plantea en alguna ocasión la posibilidad de que la comunidad de propietarios resultante del edificio construido en régimen de Cooperativa demande al constructor por defectos ruinosos (art. 1591 CC)²⁴¹,

En Portugal la preocupación por el coste de la vivienda llega a la legislación específica de viviendas, el DL 218/82 de 2-6. Se regula y concreta el coste de las viviendas, en el artículo 12, que debe contener la suma de determinados valores o costes: terreno e infraestructuras, estudios y proyectos, construcción y equipamientos complementarios, trámites administrativos y financieros para la ejecución de la obra, importe de las licencias y tasas hasta la entrega de la vivienda en condiciones de ser habitada, reserva para construcción. Lógicamente no hace referencia el legislador al coste de la dirección o administración de la Cooperativa, aunque no está de más advertirlo. Hay que resaltar la preocupación del legislador portugués por el coste o precio de la vivienda, en el que se incluyen exclusivamente los gastos necesarios para su construcción y habitabilidad. Ya hemos planteado la preocupación del legislador por el precio de las viviendas, que no puede ser excesivo, distinguiendo, en el artículo 22, las de financiación pública de las que no lo sean: *“Artículo 22. Precio. 1. El precio de las viviendas construidas o adquiridas mediante financiación pública no podrá exceder del coste respectivo, determinado conforme a los términos del artículo 12 de la presente norma, incrementado en las cargas derivadas de la financiación. 2. El precio de las viviendas construidas o adquiridas sin financiación pública no podrá exceder del coste medio de las viviendas del mismo tipo, categoría y situación construidas o adquiridas en la misma fecha.”* MONTOLÍO, JM: *“Legislación cooperativa en la Comunidad europea”*. INFES, Madrid 1993, pág. 1068.

Esta distinción que plantean la mayoría de países de nuestro entorno no es acogida por nuestro legislador. Podría ser un buen sistema aplicable a nuestro ordenamiento.

²⁴⁰ También demandan a la Cooperativa otros terceros, afectados indirectamente, como sería el suministrador de material de la empresa constructora de viviendas, y en este caso la responsabilidad es de la Cooperativa y puede llegar a repercutir en los socios.

En algún caso, inicialmente el suministrador de material demanda a la Cooperativa, y logra el embargo de algunas viviendas ya entregadas a los socios. Posteriormente, en sucesivas instancias, los socios despojados de su propiedad, lograr levantar el embargo. Demandada la Cooperativa por el constructor, el Tribunal llega a la conclusión de que deberían haber sido demandados los socios, para verse perjudicados por la exigencia del suministrador, por lo que desestima el recurso interpuesto por él: STS 15-7-1992 (Juris. Civ 752) fundamento de derecho cuarto. Otro supuesto en que también están implicados los suministradores es el de la STS 19-5-1993 (Ar. 3803), referido al incumplimiento de la Cooperativa, disuelta ya, y la consiguiente responsabilidad solidaria de los socios adjudicatarios por enriquecimiento sin causa. Así, en el fundamento de derecho tercero *“Admitiendo que la Cooperativa una vez construidos los pisos los adjudicara, es evidente que antes debió afrontar todos los pagos, que al no hacerlo así eludió sus obligaciones y que los cooperativistas tuvieron que hacer nuevas aportaciones. Y que, por todo ello, cuando reciben los pisos sin haber pagado todo su costo se produce un enriquecimiento sin causa o una falta de empobrecimiento no justificado, es también evidente... tal entrega de los pisos no legitima el impago de los materiales con el que se han enriquecido los cooperativistas.”*

²⁴¹ Inicialmente puede pensarse que no está legitimada para ello, porque no fue quien contrató con el constructor, salvo que se le atribuya la condición de entidad que reúne o representa los intereses de los propietarios de las viviendas. En el supuesto de la STS 6-3-1990 (Ar. 1672), ante la demanda de la comunidad frente al constructor por ruina, el Tribunal estima que no es preciso demandar a la Cooperativa promotora (litis consorcio pasivo

ya que puede hacerlo al estar formada por los propietarios de las viviendas, representados, que conjunta o individualmente pueden reclamar frente al constructor.

Frente a otros terceros la eficacia de la representación cooperativa es la misma. Así ocurre en los casos de entidades financieras²⁴², propietarios del solar²⁴³, terceros que

necesario alegado por el constructor) porque no es un promotor-constructor, y afirma que el constructor responde por ruina sobre la base del art. 1591 (no hay prescripción de la acción por aplicación del art. 1964 – 15 años –, art. Que se aplica tanto al supuesto de ruina como de incumplimiento contractual).

En otro supuesto iniciado por la comunidad de propietarios, el Tribunal condena solidariamente a la constructora, la promotora inmobiliaria y los arquitectos responsables por defectos en las viviendas incluibles en el art. 1591 CC. En este caso, la especialidad estriba en que la constructora es la propia Cooperativa, que en este caso sí resulta condenada: STS 8-10-1990 (Ar. 7585), fundamentos de derecho primero a cuarto.

En un caso en que se cuestiona la legitimación activa de los copropietarios, comuneros, como adquirentes, puesto que no todos actúan, el Tribunal recuerda que los actos provechosos realizados por un miembro de la comunidad benefician a todos al margen de quien los inste: STS 8-6-1992 (Ar. 5168), fundamento de derecho segundo.

En la STS de 5-2-1993 (Ar. 829), fundamentos de derecho primero y segundo, la comunidad de propietarios, y los copropietarios, ejercitan reclamación por ruina sobre la base del artículo 1591 del CC, frente a constructora, arquitectos, aparejadores, e incluso frente a la Cooperativa. Se aprecia la falta de legitimación pasiva de la Cooperativa, y son condenados arquitectos y aparejadores solidariamente y la constructora individualmente. Un supuesto similar es el de la STS de 28-4-1993 (Ar. 2953), fundamentos de derecho primero del recurso del arquitecto y segundo del recurso de los aparejadores. En este caso, la comunidad ejercita la reclamación por la vía del art. 1591 del CC frente a constructora, arquitectos y aparejadores y Cooperativa. La Cooperativa es absuelta. El resto son condenados solidariamente, recurriendo arquitecto y aparejadores. El TS desestima sus recursos por tratarse de vicios de construcción tan graves que no pueden pasar por alto para la dirección y ejecución de la obra.

En la STS de 22-9-1994 (Ar. 6982), fundamento de derecho primero, ante reclamación de la Cooperativa frente a constructor, arquitectos y aparejadores por vicios en la construcción, la comunidad de propietarios se adhiere al recurso del demandado en segunda instancia, contra los sujetos citados y la Cooperativa (que es absuelta en apelación).

También demanda la comunidad a la Cooperativa y constructores..., al margen de que no se admita lo alegado, por ruina y defectos: en las STS 18-11-1988 (Ar. 8610), 6-9-1993 (Ar. 6637), 29-5-1997 (Ar. 4117), 22-11-1997 (Ar. 8097), o por reparto no equitativo de gastos entre los propietarios: STS 26-9-1995 (Ar. 170).

²⁴²Entre otros temas se plantean los siguientes:

Las entidades financieras con derecho de crédito frente a la Cooperativa, una vez entregadas las viviendas y locales, pueden **demandar tanto a la Cooperativa como a los propietarios** de éstas. En el supuesto que se planteó ante el TS, STS 17-4-1990 (Ar. 2720) fundamentos de derecho segundo y tercero, la Cooperativa adjudicó indebidamente a los socios la propiedad de locales comerciales en los edificios, sin antes saldar las deudas sociales pendientes. Planteado juicio ejecutivo por la entidad de crédito, logra el embargo sobre los locales comerciales. Ante la tercera de dominio que ejercitan los socios propietarios de los locales, el Tribunal mantiene que *“se han ejecutado los bienes de la Cooperativa, no los de sus socios; que ésta ni liquidó y adjudicó el haber social, ni podía hacerlo, sin antes saldar las deudas sociales pendientes; y que no se puede confundir el momento de la adjudicación de las viviendas constituidas en régimen cooperativo, con el de la liquidación y distribución del haber social, en caso de disolución de la sociedad.”*

Concedido crédito hipotecario a la Cooperativa, algunos socios solicitan el retraso del cobro de las mensualidades de la hipoteca, por no haber sido otorgada escritura de adjudicación de las viviendas por la Cooperativas (no realizada por falta de pago). El Tribunal no admite este retraso, entre otras cuestiones ya citadas relativas al constructor, adjudicación...: 4-6-1992 (Juris. Civ 558), fundamentos de derecho primero y segundo.

La hipoteca sobre las viviendas contratada por el Presidente de la Cooperativa, carente de facultades para ello (acuerdo de la Asamblea), debe ser considerada válida, puesto que la entidad financiera actuó de buena fe, y no debe verse perjudicada: STS 27-9-1995 (Ar. 6453).

adquieren locales comerciales²⁴⁴, arquitectos²⁴⁵ ...; a ellos aludiremos brevemente en el quinto y último capítulo de la tesis, en el que nos referiremos a la relación de la Cooperativa con terceros.

Ante embargo de la cuenta abierta por la Cooperativa en una entidad bancaria, el TS admite que un tercero acreedor de la Cooperativa haga suya las cantidades de la misma mediante embargo, puesto que presentó certificación de obra: STS 10-2-1993 (Ar. 1453). También se admiten hipotecas realizadas por la Cooperativa sobre locales ante entidades de crédito de buena fe, al margen de que dichos locales hubieran sido objeto de un contrato de aportación de solar a cambio de los mismos, puesto que pertenecen a la Cooperativa hasta que esta los transmite: STS 17-5-1995 (Ar. 3293). La relación entre Cooperativa de viviendas y entidad de crédito es objeto de litigio por hipoteca sobre el solar en la STS 25-10-1994 (Ar. 8291).

²⁴³ La propiedad del solar sobre el que se construye el edificio puede ser adquirida por la Cooperativa a entidades públicas o sujetos privados. Los contratos por los que la adquisición se produce suelen ser de compraventa o permuta a cambio de viviendas, locales o dinero.

En un supuesto de permuta del solar a cambio de pisos, planteado ante el TS en S. 23-4-1991 (Ar. 3023), demandada por incumplimiento la Cooperativa que ratificó los actos de los gestores provisionales antes de la inscripción en el Registro y los socios adquirentes de la propiedad de los bienes que debían ser permutados, el Tribunal estima que debe cumplirse lo pactado, fundamentos de derecho segundo y tercero, sin que pueda alegarse la alteración sobrevenida de las circunstancias, y ello por que el contrato es de tracto único, no sucesivo, aunque la entrega de los locales no puede hacerse hasta su terminación. En otro supuesto de cesión de solar a cambio de pisos, se plantea el incumplimiento de la Cooperativa, que es condenada a cumplir en especie y en dinero (cuatro pisos y uno más en dinero). El cumplimiento en especie se realiza respecto de la segunda fase de la Cooperativa, también beneficiada por la compraventa y permuta del solar, puesto que no pueden cederse pisos de la primera, ya entregada a los socios: STS 31-12-1994 (Ar. 10490), fundamentos primero y segundo.

Además, como ya planteamos en el capítulo segundo, en el apartado relativo al estudio de la jurisprudencia del TS respecto de la representación indirecta de la Cooperativa, pueden resumirse como principales problemas respecto de los propietarios y vendedores de solar, el incumplimiento de la Cooperativa en casos de permuta, absoluto o parcial –no paga, no transmite los pisos o locales...– y la resolución del contrato por imposibilidad de construcción.

²⁴⁴ Entre otros, los supuestos que llegan ante el TS se ocupan de los siguientes temas –los planteamos como expresión de la relación de la Cooperativa con terceros, por cuenta de los socios, pero no podemos entrar con detenimiento en el análisis de dicha relación, puesto que no es el objeto de la tesis:

Interpretación de la extensión de lo adquirido por el tercero a la Cooperativa, local y sótanos bajo éste, o de mayor extensión por variaciones en la cimentación del edificio en la STS 14-6-1991 (Ar. 4457), fundamentos de derecho segundo y tercero; venta de local a tercero por la Cooperativa para instalación de farmacia única en el polígono de viviendas (comprometiéndose la Cooperativa a esta exclusividad), y venta posterior de otro local a otro tercero para el mismo negocio en la STS 27-1-1992 (Ar. 269), fundamentos de derecho segundo, tercero y cuarto; venta de locales comerciales propiedad de la Cooperativa a terceros que se admite como válida puesto que había acuerdo de los socios: STS 14-11-1991 (Ar. 8241). En ocasiones se demanda el cumplimiento del contrato de compraventa de local por el tercero, que no es admitido por el Tribunal, puesto que no se pagó el precio totalmente: STS 1-7-1992 (Ar. 6498). También la Cooperativa es condenada a indemnizar por no entregar los locales: STS 14-5-1997 (Ar. 3845).

Sobre la diferencia entre venta de local a tercero y adjudicación de vivienda: STS 24-2-1992 (Ar. 1513), fundamentos de derecho segundo y tercero.

También se plantean problemas relacionados con la compraventa de locales comerciales por terceros de buena fe, compraventa realizada por órganos cooperativos excediéndose de sus facultades. El Tribunal Supremo mantiene la responsabilidad de la Cooperativa, sin perjuicio de que se dirija contra los miembros del Consejo que actuaron: STS 30-12-1993 (Ar. 9912), fundamentos de derecho primero a octavo.

El Tribunal Supremo admite la venta de locales comerciales de la Cooperativa a sus propios socios, actuación que generalmente se realiza con terceros, siempre que se trate de un supuesto admitido por la propia Cooperativa (en Asamblea General), en que no exista contradicción de intereses ni perjuicios a la Cooperativa, y que no se conculque la legislación cooperativa a aplicar. Por tanto, para la validez de este tipo de contrato, el socio debe ser considerado como un tercero. La Cooperativa argumenta la invalidez e ineficacia del supuesto, por ser un

Sentadas las bases anteriores se logra resolver parcialmente el tema central de la tesis, la doble relación asociativa -utilizando cauces cooperativos- y representativa entre la Cooperativa y los socios, que adquieren la propiedad de las viviendas construidas por un tercero, el constructor, sobre un solar de su propiedad. En materia de adquisición de la propiedad de las viviendas la Cooperativa es un mero representante del socio, que se limita a reconocer su propiedad mediante la llamada adjudicación, reconocimiento que la Cooperativa realiza respecto del socio como propietario de las viviendas -privado y mediante escritura pública a su favor-. Pese a la adjudicación de las viviendas la Cooperativa puede continuar actuando después de la adjudicación - circunstancia que ha sido admitida por el legislador en el art. 89.1º de la LC, conservación y administración de las viviendas o locales²⁴⁶-, o entrar en la fase de liquidación, pues ha cumplido su objeto

autocontrato en el que se produce una colisión de intereses, y el Tribunal afirma que *“la figura de la autocontratación que se argumenta lo es en razón de que la Cooperativa, como persona jurídica, transmitió por vía onerosa bienes que integraban su patrimonio al recurrido, quien reunía la condición de socio cooperativista, lo que no prohíbe la Ley de Cooperativas aplicable de 19-12-1974.”* Se trata de un supuesto en que el socio demanda el otorgamiento de la escritura del solar, y la Cooperativa protesta formalmente el pago de las cantidades pendientes, por lo cual no cabe la resolución del contrato, sino el cumplimiento por ambos del pago y otorgamiento de escritura respectivamente: STS 24-9-1994 (Ar. 6988), fundamentos de derecho segundo y cuarto.

La venta de locales comerciales propiedad de la Cooperativa debe beneficiar a todos los socios, sin exclusión, excepto que hayan sido expulsados de la Cooperativa, lo que no ocurre en el supuesto de la STS de 20-1-1997 (Ar. 115), fundamentos de derecho segundo y cuarto, declarándose la nulidad del acuerdo de la Asamblea distribuyendo el beneficio obtenido por la venta, y excluyendo a algunos socios.

²⁴⁵ La gran mayoría de los casos de Cooperativas de viviendas que han llegado ante el Tribunal Supremo plantean la responsabilidad única, y principalmente solidaria, de los arquitectos superiores y técnicos junto con la empresa constructora, responsabilidad que es admitida si los defectos de construcción o incluso la ruina del edificio y/o las viviendas se deben a su actuación profesional. Casi todos ellos son demandados en casos de ruina, y sólo en algún supuesto en base al contrato de servicios. No podemos entrar en ellas, aunque disponemos de la información, por razones de delimitación del objeto de estudio.

²⁴⁶ La Cooperativa puede continuar con dicha función, siempre que le haya sido atribuida por la comunidad de propietarios. Así lo expresa el TS en la sentencia de 9-4-1996 (Ar. 2911) que estima que la demanda interpuesta la comunidad de propietarios representada por el Presidente de la Cooperativa, por defectos, amparados en el art. 1591, contra la constructora, arquitectos y aparejadores, no puede resolverse por falta de legitimación activa y de representación del Presidente de la Cooperativa, fundamento de derecho segundo, *“no aparece justificada, ni la condición de Presidente de la comunidad de propietarios demandante que dice ostentar el Sr. Otero, ni la autorización de esta comunidad para ejercitar las acciones que postulan a su nombre, ni incluso posiblemente la constitución legal de la misma, pues esta confusión entre el objeto, naturaleza y competencia de la comunidad de propietarios y de la Cooperativa, promotora de las edificaciones, hace suponer que se han venido ejercitando las funciones de la primera a través de las actividades de la segunda... No es posible confundir, ni mucho menos identificar, a la comunidad de propietarios y a la Cooperativa que construyó el edificio, pues su naturaleza y funciones son radicalmente distintas; y la jurisprudencia es tajante cuando afirma que el acuerdo para actuar en juicio en defensa de los intereses de la comunidad, es un requisito indispensable atribuido a la Junta de propietarios por el artículo 13.5. de la LPH.”*

social, lo que no impide que siga siendo representante del socio hasta su extinción como persona jurídica -ejerciendo funciones correspondientes a la organización de la comunidad de propietarios-.

Lo anterior logra clarificar el sujeto sobre quien se producen los efectos jurídicos del negocio representativo celebrado con el tercero, el socio; y el iter o camino que siguen tanto la vivienda como el precio que por ella se paga, desde la constitución de la Cooperativa hasta la adquisición de la propiedad por el socio. La Cooperativa, como representante, goza de la propiedad aparente de la obra, de las viviendas en construcción, actúa en nombre propio con el tercero que las construye, obligándose al reconocimiento de la propiedad a favor del socio.

La visión expuesta es casi perfecta si no fuera porque el contrato de obra, apto título para la adquisición de la propiedad del edificio construido por un tercero, no es suficiente para que cada socio adquiriera la propiedad de su vivienda. La representación es positiva y admisible en lo referente a la relación entre la Cooperativa y el socio, pero es incompleta respecto a la adquisición de la propiedad de las viviendas. El constructor transmite una obra, pero no las viviendas individuales en que ésta se divide. Queda planteada esta duda, que se intentará resolver en el capítulo cuarto, y que no afecta sustancialmente a la eficacia de la representación por la Cooperativa en los términos vistos, sino que complementa a ésta. Partimos de que se trata de una representación indirecta y es otorgada por cada socio, al margen de que durante la ejecución de la misma el representado siga siendo un sujeto individual o deba considerarse conjuntamente con el

Con relación a lo anterior, es interesante el comentario de GÓNZALEZ CARRASCO, MT: "*Comentario a la STS de 9-4-1996*", en C.C.J.C núm. 42, pág. 979 y ss. fundamentalmente en lo referente a la posible función de la Cooperativa como administrador de la comunidad de propietarios, siempre que ésta la acepte, y la representación por el Presidente de la Cooperativa si la Junta de propietarios le admite. Sin embargo, no estamos de acuerdo con la autora en que hubiese sido preferible que el TS mantuviera la línea de la S de 17-7-1990 (comentada por

resto de socios. Podríamos avanzar que, al margen de que la representación venga otorgada individualmente por cada socio, con relación a la adquisición de una vivienda concreta puede ser necesario y casi obligatorio considerar al socio no como persona individual, sino conjuntamente con los demás, como cotitulares de la comunidad temporal sobre la “masa de gestión económica” existente durante el desarrollo de la actividad representativa, especialmente durante el primer período de ésta. En este caso difieren, desde el punto de vista del representado, la concesión de la representación por el socio, persona individual, del afectado por el ejercicio de dicha actividad de representación, los socios, temporalmente sujeto colectivo, y posteriormente de nuevo persona individual.

2. CONCLUSIONES.

Por el arraigo de esta doctrina, aceptada en general por los escasos estudiosos de las Cooperativas de viviendas en España, se ha partido de la admisión de la representación del socio por la Cooperativa en la relación con los terceros que intervienen en la construcción de las viviendas, teoría inicialmente denominada interposición gestora, dejando a un lado las del acto debido y acto cooperativo, ya analizadas en el capítulo anterior, y que se refieren tan sólo al significado de la adjudicación. La representación es la hipótesis más deseable para explicar la compleja relación entre la Cooperativa y el socio, excluidos los supuestos cercanos con los que presenta ciertas similitudes, de nuncio o intermediario, la gestión de negocios ajenos, el mandato, el negocio a favor de tercero y para persona a designar.

Recordando, de forma breve, el rechazo de las figuras similares; la Cooperativa no se limita a declarar su voluntad, sino que interviene en la formación de ésta, por lo cual no

CABANILLAS SÁNCHEZ. –ver nota a pie 225) en la que se estimaba que la Cooperativa también era responsable por los vicios de la construcción.

se trata de un nuncio; sólo podría admitirse la condición de “intermediario” entre los socios y terceros, diferenciando ésta de la función propia y esencial de la Cooperativa como persona jurídica que asocia y coordina los intereses de los primeros. Tampoco podemos hablar de una gestión de negocios ajenos porque el socio busca, conoce y acepta la situación de la Cooperativa. El mandato como contrato base, unido a la facultad de representación en su caso, no puede admitirse, porque ésta última se encuentra ligada con los socios por el negocio jurídico de constitución de la Cooperativa. No existe una relación contractual bilateral y recíproca entre la Cooperativa y el socio, sino plurilateral entre los socios, que da lugar a la persona jurídica. La consideración de los contratos celebrados entre la Cooperativa y los terceros como contratos a favor de tercero, en los que el tercero no es parte del contrato, no puede admitirse en el supuesto cooperativo en que sobre el socio repercuten los derechos y obligaciones principales, contraídos con terceros directa o indirectamente, no pudiendo afirmarse que sea un tercero ajeno al contrato pero favorecido por éste, lo que unido a la ausencia de regulación de la figura, nos lleva a excluirlo como supuesto general. En íntima relación con la representación se encuentra el contrato para persona a designar. Dicha hipótesis podría parecer admisible puesto que permite, de forma alternativa, la intervención en el contrato del sujeto que designa, la Cooperativa, o en su caso del designado, el socio. Sin embargo, según sus reglas, la designación del socio provocaría la desvinculación de la Cooperativa –o no-, y el socio designado adoptaría la posición de parte directamente contrapuesta a los terceros, circunstancias que no son deseables ni asumibles en la relación entre la Cooperativa y el socio, y dificultades a la que se añade la ausencia de regulación y la consiguiente remisión a algunas de las normas de la representación.

Excluidas las figuras citadas como visión general de la relación entre la Cooperativa y el socio –lo que no impide que determinados supuestos prácticos puedan entenderse y aplicarse alguna de ellas-, y admitida la representación, basada en el negocio de constitución de la Cooperativa y no en un contrato de mandato o similar, vamos a resumir las cuestiones que resuelve esta teoría y los problemas que quedan sin solución, en relación con lo avanzado en el capítulo segundo de la tesis, en que se presentaban las teorías doctrinales surgidas respecto de la relación jurídica entre la Cooperativa y el socio.

A favor de su aplicación puede alegarse lo siguiente:

Nos encontramos ante una diversidad de relaciones unidas, la “asociativa” del negocio jurídico de constitución de la cooperativa –que da lugar a la condición de socio- y la representativa del socio por la Cooperativa para la obtención de la actividad cooperativa, la vivienda, frente a terceros. La relación entre la condición de socio y la facultad de representación otorgada a la Cooperativa no son absolutamente independientes, excepto que afecten a terceros de buena fe que desconocen el negocio causal o básico; la dependencia entre ambas explica la repercusión del ingreso y cese en la Cooperativa, los casos de baja o expulsión, sobre el derecho a la vivienda, tanto en el ámbito interno cooperativo, como en la relación con terceros afectados.

La Cooperativa goza, respecto del socio, de facultades de representación frente a terceros, y también es la encargada de la gestión interna del organismo cooperativo. La Cooperativa queda obligada a la consecución del objeto social por el negocio de constitución de la misma, y respecto de cada socio lo estará desde su inscripción como tal. Dentro de este negocio origen o básico la Cooperativa se ocupa de la representación frente a terceros y de la gestión interna propia, formación de voluntad, ejecución de lo

pactado... En algún caso, los más en la actualidad, la gestión e incluso la representación de la Cooperativa puede encargarse a una empresa gestora contratada al efecto, mediante un mandato o contrato de servicios con objeto de gestionar la construcción de las viviendas, e incluso la relación con los terceros que intervienen en ella.

La representación puede explicar, sin excesivos problemas, la actividad de obtención de viviendas desarrollada por la Cooperativa, en nombre propio y por cuenta del socio, y su relación con terceros que intervienen en el proceso de construcción de las mismas, el propietario del solar, constructor, arquitectos, entidades financieras e incluso con la empresa gestora. Hemos optado por la visión actual de la representación indirecta para adaptarla al supuesto cooperativo, distinguiendo sus efectos jurídicos en función de que se trate de adquisición de derechos, obligaciones o acciones entre los sujetos; y según el momento en que nos encontremos y el tercero conozca o no al representado. Así, durante el período de desconocimiento inicial de socios o representados, la representación indirecta producirá efectos entre la Cooperativa y el tercero, en materia de obligaciones y acciones, no así sobre los derechos que recaen siempre en el socio o representado. El conocimiento posterior de los socios por el tercero afecta no sólo a los derechos, reconocidos a favor del representado, sino principalmente a las obligaciones y acciones, sumándose e incluso sustituyendo en algún caso el socio representado a la Cooperativa representante, en la relación con el tercero.

La representación, tal y como se ha planteado, implica la adquisición de la propiedad del solar y el edificio en construcción por los socios, aunque se inscriben temporalmente a favor de la Cooperativa como representante de aquellos. El socio, que aporta el dinero como pago del precio de la vivienda, recibe una vivienda concreta, adquirida originariamente por él. La vivienda, objeto y fin de la Cooperativa, tiene consecuencias

económicas importantes sobre socios y Cooperativa, que se traducen en los pagos para su obtención y la posible existencia de excedentes -derecho de retorno a favor del socio- o pérdidas –también asumidas por ellos.

Partiendo de la actuación de la Cooperativa como representante de los socios se han analizado las conductas de los sujetos intervinientes, sus derechos y deberes, además de otras circunstancias sobre la duración, forma, extensión y eficacia de la representación, aplicando en primer término, las normas cooperativas específicas de viviendas y las generales de la LC (Leyes de Cooperativas de las CCAA en su caso) y, en su defecto, las generales de la teoría de la representación.

Pese a que admitamos esta teoría, y con ella las conclusiones planteadas, algunos **problemas fundamentales** continúan sin resolver:

Así, con relación a algunas cuestiones relativas a la vivienda, se llega a prescindir casi totalmente de la personalidad jurídica cooperativa, considerándola como colectivo de socios –esencia asociativa-, mientras que en otras se lleva la personalidad jurídica a los últimos extremos, como ocurre respecto de la teoría de la representación. En este último sentido también puede discutirse la admisión de la representación, puesto que los socios serían representados y representantes a la vez, al formar parte de la Cooperativa.

En orden a la relación entre la Cooperativa y el socio, tema nuclear de este capítulo y de la tesis, y respecto de la obtención de vivienda por éste, se intenta averiguar el título, forma y sujetos que intervienen en la adquisición de la propiedad de la vivienda por el socio; cuestiones respecto de las que la Ley sólo se refiere a la adjudicación mediante cualquier título admitido en derecho, sobre la que se plantea una duda o problema esencial, averiguar quien es el sujeto transmitente de la propiedad de las viviendas al socio, el tipo de adquisición de esta propiedad declarada, reconocida o adjudicada por la

Cooperativa, y el título o fundamento jurídico en que se basa puesto que la Cooperativa no transmite las viviendas, simplemente las adjudica a los socios, declarando que ellos son los propietarios. La representación puede mantenerse como teoría válida respecto de la actuación con terceros, pero no es útil para explicar de forma completa la adquisición de la propiedad de las viviendas, puesto que ninguno de los terceros citados puede ser considerado transmitente de la propiedad de las mismas. La obra en conjunto, el edificio, es transmitida por el constructor al dueño del solar, sobre la base del contrato de obra celebrado, pero, ¿podría transmitir el contrato de obra la propiedad de las viviendas a cada uno de los socios? Parece que por sí sólo no, aunque en algunos supuestos extremos podría admitirse, pero no de forma genérica, la transmisión a título oneroso de la empresa gestora al socio, como promotor inmobiliario en “toda regla” -al igual que hacen otros ordenamientos jurídicos como el francés-, lo que nos llevaría a un caso de intermediación de la Cooperativa o de simulación, según conozcan o no esta situación los sujetos, Cooperativa, socios y gestora. Pese a que en algún supuesto pueda llegarse a la conclusión anterior, no creo que sobre dicha hipótesis pueda elaborarse una teoría con pretensiones o efectos generales.

Por ello, en el capítulo siguiente intentaremos descifrar las cuestiones relativas a la adquisición de la propiedad del edificio, y de las viviendas, y la realidad de copropiedad temporal de los cooperativistas, y sus repercusiones sustanciales. Así, deberá completarse todo lo dicho respecto a la representación del socio por la Cooperativa con el estudio de la situación paralela de comunidad o copropiedad temporal de los socios. Todo lo anterior se deduce, por supuesto, del sustrato real y práctico de las Cooperativas de viviendas en nuestro ordenamiento jurídico, y no se ve modificado por el hecho de

que la LGC de 1987 haya sido derogada y sustituida por la nueva Ley de Cooperativas de 1999.

+23791
II

TESIS DOCTORAL



X-53-396683-2

Aspectos civiles de las Cooperativas de viviendas.

La adjudicación de la vivienda al socio.

Presentada por D^a. Ana Lambea Rueda
Bajo la dirección de la Catedrática de Derecho Civil
Dña. M^a del Carmen Gómez Laplaza

VOLUMEN II

**23791
II**

Universidad Complutense de Madrid
Facultad de Derecho
1999



CAPÍTULO I. LA COOPERATIVA COMO PERSONA JURÍDICA EN NUESTRO ORDENAMIENTO. Sociedad o asociación: Realidad actual y evolución histórica de la visión del legislador y la doctrina. _____ **1**

INTRODUCCIÓN _____ **1**

I. PLANTEAMIENTO DEL OBJETO DE ESTUDIO, la Cooperativa como persona jurídica: sociedad o asociación. _____ **7**

II. LA COOPERATIVA: situación actual y evolución legislativa. _____ **12**

1. SITUACIÓN ACTUAL: CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: LEY DE COOPERATIVAS DE 1999; NORMAS COMUNITARIAS Y AUTONÓMICAS. _____ **13**

1.1. La Constitución española de 1978. _____ **14**

1.2. Ley de Cooperativas de 1999. _____ **24**

1.3. Derecho autonómico. _____ **30**

1.3.1. Ámbito de aplicación de la derogada Ley General de Cooperativas de 1987. _____ **30**

1.3.2. Ámbito de aplicación de la Ley de Cooperativas de 1999. _____ **35**

1.4. Derecho comunitario. _____ **38**

1.4.1. Normas de Derecho originario _____ **39**

1.4.2. Normas de Derecho derivado _____ **40**

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN, SOCIEDADES Y COOPERATIVAS: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS. _____ **45**

2.1. SIGLO XIX. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS. _____ **45**

2.2. SIGLO XX. _____ **51**

2.2.1. Hasta 1931. _____ **51**

2.2.2. De 1931 a 1978: normas cooperativas anteriores a la Constitución de 1978. _____ **51**

2.2.3. Ley General de Cooperativas de 1987, derogada por la Ley de Cooperativas de 1999. _____ **58**

I. Evolución y Proyectos de Ley desde la elaboración de la Constitución española hasta la redacción de la LGC de 1987. _____ **59**

II. Ley General de Cooperativas de 1987. _____ **63**

3. EXAMEN DE OTRAS NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y DERECHO COMPARADO. _____ **69**

3.1. Otras normas de nuestro ordenamiento, en concreto penales, fiscales y de consumo. _____ **69**

3.2. Derecho comparado. _____ **72**

3.3. Organismos internacionales: Alianza Cooperativa Internacional y Organización internacional del Trabajo. _____ **83**

3.3.4. Crisis de la persona jurídica y sustrato cooperativo. _____ **85**

III. LA COOPERATIVA, persona jurídica: la visión de la doctrina. _____ **89**

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. _____ **89**

2. LA COOPERATIVA: ¿sociedad o asociación? _____ **92**

2.1. Teoría tradicional: Concepto estricto de sociedad. Las Cooperativas como asociaciones de interés particular no societarias. _____ **93**

2.2. Admisión del concepto amplio de sociedad: Las Cooperativas como asociaciones con estructura estatutaria, dentro de las sociedades. _____ **95**

3. LA COOPERATIVA COMO SOCIEDAD: ¿ MERCANTIL, CIVIL O INDEPENDIENTE? _____ **100**

3.1. Introducción. _____ **100**

3.2. Pertenencia de la Cooperativa al Derecho mercantil: La Cooperativa como Sociedad Mercantil. _____ **101**

3.2.1. Doctrina favorable a la pertenencia de la Cooperativa al Derecho Mercantil. _____ **101**

3.2.2. Estudio de la consideración de las Cooperativas como entidades mercantiles. _____ **104**

3.3. La Cooperativa como Sociedad Civil. semejanzas y diferencias entre la sociedad civil y la Cooperativa. _____ **110**

4. LA COOPERATIVA COMO ASOCIACIÓN: PARALELISMO ENTRE AMBAS FIGURAS.	125
4.1. Planteamiento y visión de la doctrina.	125
4.2. <i>Argumentos en favor de la consideración como asociaciones y paralelismo con ellas.</i>	130
5. LA COOPERATIVA COMO ENTIDAD AUTÓNOMA E INDEPENDIENTE.	136
 IV. CONCLUSIONES.	 147

CAPÍTULO II. COOPERATIVAS DE VIVIENDAS. La actividad cooperativa, en especial, la adjudicación de la vivienda al socio como esencia de la relación jurídica entre la Cooperativa y el socio.	156
---	------------

INTRODUCCIÓN	156
---------------------	------------

I. COOPERATIVAS DE VIVIENDAS EN GENERAL: tratamiento específico de ellas; regulación actual; aparición y evolución de la figura. **158**

1. RAZONES DE UN TRATAMIENTO DE LAS COOPERATIVAS EN FUNCIÓN DE LAS CLASES EXISTENTES.	158
2. LAS COOPERATIVAS DE VIVIENDAS: situación actual y evolución legislativa.	165
2.1. Situación actual.	166
2.2.1. Ley de Cooperativas de 1999.	167
2.2.2. Derecho autonómico.	169
2.2.3. Derecho comunitario.	170
2.2. Evolución histórica.	171
2.3. Examen de otras normas del ordenamiento jurídico que tienen en cuenta a las Cooperativas de viviendas como clase específica, con caracteres especiales: legislación fiscal sobre Cooperativas.	181
2.4. Las Cooperativas de viviendas en el Derecho comparado: Italia, Francia y Portugal.	186

II. LOS SERVICIOS O ACTIVIDAD COOPERATIVA, especialmente la adjudicación de vivienda. **194**

1. SITUACIÓN ACTUAL: LEY DE COOPERATIVAS DE 1999. Participación del socio en las actividades cooperativas, como derecho y deber de socios y Cooperativa; su situación dentro del régimen económico de la Cooperativa, en general y en particular en las Cooperativas de viviendas.	194
2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA: La actividad cooperativa como derecho y deber de los socios y prestación económica a la Cooperativa, en general y especialmente en las Cooperativas de viviendas.	202

III. COOPERATIVAS DE VIVIENDAS, ADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA AL COOPERATIVISTA. RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LA COOPERATIVA Y EL SOCIO EN VIRTUD DE LA QUE SURGE LA ADJUDICACIÓN. TEORÍAS DOCTRINALES. **209**

1. VISIÓN INICIAL DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS QUE, A PRIORI, DEBEN TENERSE EN CUENTA.	211
2. EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS TEORÍAS DOCTRINALES SOBRE LA ADJUDICACIÓN Y LA RELACIÓN ENTRE LA COOPERATIVA Y EL SOCIO.	219
2.1. ACTO DEBIDO.	220
2.1.1. La teoría del acto debido aplicada a la prestación accesoria de la Cooperativa al socio.	221
2.1.2. La doctrina italiana sobre el acto debido.	224
2.1.3. El acto debido en el derecho de obligaciones; el pago o cumplimiento como principal supuesto: doctrina española.	228
2.1.4. Posibilidad de aplicar la teoría del acto debido a la prestación de vivienda al socio cooperativo en las Cooperativas de viviendas en nuestro ordenamiento jurídico. Distinción según los supuestos estudiados y las etapas durante las que dicha prestación se produce.	232
2.1.5. Otra posibilidad: negocio jurídico de adjudicación, que se independiza de su condición de acto debido.	241
2.1.6. Soluciones que requieren modificaciones legislativas y doctrinales importantes: El negocio jurídico de adjudicación como contrato de cambio o transmisión onerosa entre la Cooperativa y el socio.	246
I. Italia	247
II. Francia.	253

III. Portugal.	259
IV. Posible aplicación al supuesto cooperativo español.	259
2.2. ACTO COOPERATIVO.	269
2.3. INTERPOSICIÓN GESTORA.	271
2.3.1. Desarrollo de la teoría de la interposición gestora.	271
2.3.2. Visión crítica de la teoría de la interposición gestora. Cuestiones que resuelve y problemas que plantea.	281
I. Cuestiones y aspectos de las Cooperativas de viviendas que se resolverían con esta teoría.	281
II. Problemas que plantea la admisión de esta teoría	283
2.3.3. Una nueva visión del problema, distinción de diversos supuestos, ya planteados al inicio del estudio de la adjudicación de la vivienda como servicio o actividad cooperativa, y aplicación a éstos de la teoría de la representación indirecta.	287
I. Construcción por un tercero mediante encargo de la Cooperativa, o directamente por ésta.	288
II. Gestión propia o ajena de la Cooperativa.	291
2.3.4. Aplicación de la teoría de la representación indirecta y distinción de supuestos según la sala primera del Tribunal Supremo.	294
3. CONCLUSIONES.	306
4. UNA NUEVA VISIÓN DEL PROBLEMA: propiedad individual o copropiedad sobre lo aportado para la obtención de la actividad cooperativa, de las viviendas.	307
4.1. Comunidad o copropiedad de los socios sobre las cantidades aportadas para la construcción de las viviendas.	312
4.2. Propiedad individual del socio sobre su aportación para la construcción de la vivienda.	314
IV. CONCLUSIONES	315

CAPÍTULO III. RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LA COOPERATIVA Y EL SOCIO. La representación del socio por la Cooperativa. 322

INTRODUCCIÓN. 322

RELACIÓN ENTRE LA COOPERATIVA Y EL SOCIO. 326

1. Teoría de la INTERPOSICIÓN GESTORA. Exclusión de otras posibilidades como la representación mercantil, nuncio, mediación, gestión de negocios ajenos, contrato a favor de tercero, contrato para persona a designar, y negocio fiduciario.	326
Ideas previas	326
1.1. Interposición gestora	329
1.2. Representación mercantil.	334
1.2.1. Representación orgánica	335
1.2.1. Representación voluntaria.	338
1.3. Cooperadores de hecho. Nuncio o mensajero. Intermediación.	342
1.4. Mediación.	345
1.5. Gestión de negocios ajenos.	346
1.6. Contrato a favor de tercero.	350
1.6.1. Introducción. El contrato a favor de tercero en general.	350
1.6.2. Admisión de esta hipótesis en el supuesto cooperativo.	352
1.7. Negocio celebrado por persona a designar.	355
1.7.1. En general.	355
1.7.2. Aplicación al caso cooperativo.	359
1.8. Negocio fiduciario basado en la confianza.	361
1.8.1. Introducción. Concepción actual del negocio fiduciario.	361
1.8.2. Aplicación del negocio fiduciario al supuesto cooperativo	363
2. REPRESENTACIÓN.	365
2.1. Representación con base en el contrato de mandato. Posibilidad de que exista un mandato entre la Cooperativa y el socio.	366
2.2. Representación basada en el negocio jurídico de constitución de la Cooperativa.	370
2.2.1. Clases de representación: directa e indirecta, actuación y eficacia. Tipo de representación existente entre la Cooperativa y el socio.	376
2.2.2. Duración de la representación.	380
2.2.3. Relaciones jurídicas que existen en la representación, y sujetos que intervienen en ellas.	388
2.2.4. Relación representativa. Objeto y contenido. Efectos jurídicos.	391
I. Deberes del representante.	392
1.1. Representación en general.	392
1.2. Ley de Cooperativas de 1999.	394
A. Normas específicas de Cooperativas de viviendas.	395
B. Normas generales sobre Cooperativas.	404
II. Deberes del representado.	417
1. Representación en general.	417
2. Ley de Cooperativas de 1999.	418
A. Normas específicas de Cooperativas de viviendas.	418
B. Normas generales sobre Cooperativas.	419
III. Forma de la representación.	420
IV. Extensión del poder y límites.	423
V. Responsabilidad del representante.	428
VI. Efectos jurídicos de la representación.	431
VI.1. Eficacia de la representación directa e indirecta.	431
VI.2. Eficacia de la representación en el caso cooperativo, en general y en la práctica.	438
3. CONCLUSIONES.	460

CAPÍTULO IV. RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LA COOPERATIVA Y EL SOCIO. Comunidad o “masa de gestión económica”, adquisición por el socio de la propiedad de la vivienda. Aplicación a otros supuestos teóricos ya planteados. Fases o momentos principales que pueden distinguirse en el desarrollo de esta relación. _ 467

INTRODUCCIÓN. _____ 467

I. DUALIDAD: PERSONA JURÍDICA COOPERATIVA Y COMUNIDAD DE LOS SOCIOS SOBRE LO APORTADO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VIVIENDAS, LA LLAMADA “MASA DE GESTIÓN ECONÓMICA”. _____ 469

1. Introducción.	469
2. Argumentos y Desarrollo de la hipótesis.	479
2.1. Relación entre la Cooperativa y la comunidad.	480
2.2. Cooperativa.	488
2.3. Comunidad.	489
2.3.1. Regulación aplicable: normas cooperativas, y supletoriamente la regulación civil de la comunidad.	497
2.3.2. Funciones de la comunidad.	500
2.3.3. Defensa de los intereses de la comunidad.	501
2.3.4. Duración.	502
2.3.5. Sujetos.	504
2.3.6. Objeto.	504
2.3.7. Cuotas de la comunidad: cuantía, alteraciones, gastos y transmisión.	508
I. Cuantía de las cuotas.	508
II. Alteraciones de la cosa común.	508
III. Participación en los gastos y beneficios de la comunidad.	510
IV. Transmisión y renuncia a la cuota.	514
2.3.8. Administración de la comunidad.	523
2.3.9. Constitución y extinción de la comunidad.	525
2.3.10. División de la comunidad. División de la comunidad y extinción de la Cooperativa. Distinción entre el acuerdo de división de la comunidad y la reserva o concreción de la cuota.	535
I. División de la comunidad y extinción de la Cooperativa.	535
II. División de la comunidad: efectos, sujetos, forma.	537
III. Distinción entre el acuerdo de división de la comunidad y la formación de lotes.	541
2.3.11. Titularidad de la masa de gestión económica. El retorno cooperativo.	545
2.3.12. Adquisición de la propiedad de las viviendas por los socios.	551
2.3.13. Responsabilidad frente a terceros.	556
2.3.14. Acreedores del socio y acreedores sociales.	558
3. Conclusiones.	568
4. Aplicación de la hipótesis a otros supuestos: Cooperativa que construye y Cooperativa que gestiona.	571
5. Estudio de hipótesis parecidas o con notas similares en otros países.	575
5.1. Italia.	575
5.1.1. Doctrina.	576
5.1.2. Normativa.	578
5.2. Francia.	583

II. FASES DE LA VIDA COOPERATIVA: aspirante, socio, individualización, adjudicación y adquisición de la propiedad de la vivienda. Referencia al derecho italiano, y posibilidad de distinguirlas en nuestro Derecho. Relación del socio con la Cooperativa en cada una de ellas, derechos y obligaciones de ambos. _____ 602

1. Introducción. Sujetos afectados.	602
-------------------------------------	-----

2. Fase previa. Aspirante a socio o socio expectante.	618
3. Socio.	629
5. Reserva o individualización de la vivienda.	638
4. Adjudicación de la vivienda al socio: adjudicatario.	644
6. Adquisición de la propiedad: propietario.	659
III. Conclusiones.	659

CAPÍTULO V. RELACIONES JURÍDICAS DE LA COOPERATIVA Y LOS SOCIOS CON TERCEROS. _____ 663

Introducción. _____ 663

I. Relación jurídica de la Cooperativa con el constructor y los arquitectos. _____ 664

- 1. Constructor. _____ 664
- 2. Arquitectos y técnicos. _____ 669

II. Otros terceros: entidades financieras, propietario del solar... _____ 671

III. Gestión interna. Relaciones jurídicas derivadas de la gestión externa. _____ 672

- 1. Gestión interna: Órganos cooperativos y otros sujetos encargados de la gestión. _____ 673
 - 1.1. Evolución histórica. _____ 674
 - 1.1.1. Ley de Cooperativas de 1931 y Reglamento de desarrollo. _____ 675
 - 1.1.2. Ley de Cooperativas de 1942 y Reglamentos de desarrollo. _____ 677
 - 1.1.3. Ley General de cooperativas de 1974 y Reglamento de desarrollo de 1978. _____ 679
 - 1.1.4. Ley General de Cooperativas de 1987. _____ 684
 - 1.2. Regulación actual: Ley de Cooperativas de 1999. _____ 685
 - 1.2.1. Promotores. _____ 687
 - 1.2.2. Liquidadores _____ 693
 - 1.2.3. Órganos de la cooperativa y otros sujetos que intervienen en la gestión. _____ 695
 - Asamblea general _____ 695
 - Consejo rector. _____ 699
 - Presidente y Vicepresidente _____ 707
 - Director _____ 709
- 2. Gestión externa: Actividades de representación, gestión y organización realizadas por terceros ajenos a la Cooperativa, en particular empresas gestoras. Relación jurídica entre la Cooperativa y la empresa gestora. _____ 713
 - 2.1. Regulación cooperativa actual: LC; RD 2028/1995 para VPO. Interpretación de sus normas y aplicación de las mismas a las Cooperativas en general. _____ 714
 - 2.1.1. Ley de Cooperativas. _____ 715
 - 2.1.2. RD 2028/1995 de 22 de diciembre. _____ 726
 - 2.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo: promotor inmobiliario. _____ 733
 - 2.3. Remisión a otros contratos y contrato de gestión. _____ 749
 - 2.3.1. Mandato. _____ 754
 - 2.3.2. Mediación. _____ 757
 - 2.3.3. Arrendamiento de servicios. _____ 758
 - 2.3.4. Contrato de gestión. _____ 759
 - 2.4. Posibilidad de considerar la gestión de cooperativas como un tipo de promoción inmobiliaria, en general o en algún caso. _____ 761
 - 2.4.1. La promoción inmobiliaria en Francia. _____ 761
 - 2.4.2. Remisión al Proyecto de Ley de ordenación de la edificación. _____ 775

IV. Conclusiones. _____ 779

CAPÍTULO IV. RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LA COOPERATIVA Y EL SOCIO. Comunidad o “masa de gestión económica”, adquisición por el socio de la propiedad de la vivienda. Aplicación a otros supuestos teóricos ya planteados. Fases o momentos principales que pueden distinguirse en el desarrollo de esta relación.

INTRODUCCIÓN.

Pese a las ventajas de la teoría de la representación, nos encontramos ante una situación de inexistencia de transmitente y de indeterminación del título apto para adquirir la propiedad de cada vivienda, y ello aunque se diga en algún caso que esta tarea corresponde a la adjudicación, y al sujeto encargado de la misma, alusión que no debe admitirse a la ligera puesto que plantea muchas más cuestiones a resolver de las que parece. Todas las hipótesis de tipo representativo o de intermediación analizadas en el capítulo anterior presentan el mismo problema, la indeterminación del sujeto que transmite la propiedad de las viviendas, si es que existe dicha transmisión, de título para ello y del camino que siguen éstas. No se trata de una adquisición de la propiedad por ocupación, donación, sucesión o por Ley, ni por accesión, ni tampoco es suficiente el contrato de obra que transmite la propiedad sobre el edificio. Además, como hemos visto en apartados anteriores, tanto la LC, como las Leyes autonómicas, sólo se refieren genéricamente a la adjudicación de la vivienda mediante “cualquier título admitido en Derecho”, sin precisar cual es éste. Es válido estimar que la actividad de la Cooperativa respecto de los socios es representativa, pero la representación no es admisible como única explicación a la relación entre ellos, sino más bien en la relación de ambos con

terceros. Por ello deben plantearse otros aspectos novedosos, añadidos, en materia de adquisición de la propiedad de la vivienda, cuestión básica y fundamental. Nos encontraríamos ante circunstancias que se añaden a la dualidad de relaciones cooperativa y representativa entre la Cooperativa y los socios. Así, debe determinarse quien ostenta la propiedad sobre el solar adquirido y lo aportado para las viviendas durante el período de construcción de éstas ¿la Cooperativa, el socio individual, o todos los socios usuarios en conjunto? para entender la adquisición de la propiedad de la vivienda. En nuestro ordenamiento jurídico la Cooperativa no adquiere la propiedad de la masa de gestión, por imperativo legal y por razones prácticas, como así se analizó en el capítulo segundo, cuestión que no ha sido cuestionada hasta ahora por la doctrina. Puesto que la Cooperativa no es propietaria de lo aportado para obtener las viviendas, ni del solar adquirido, debe entenderse que los propietarios son los socios, aunque no de forma exclusiva, individualizada y concreta, sino común -como dijimos también en el segundo capítulo, el intento de distinguir los supuestos de adquisición de la propiedad individual de las viviendas por cada socio, de aquellos de propiedad común o colectiva, nos ha llevado a la confusión-. Debe deferenciarse la situación definitiva a la que tiende la Cooperativa de viviendas, propiedad individual de los socios, de la copropiedad transitoria y temporal sobre la “masa de gestión económica”. Durante la vigencia de esta comunidad el socio es copropietario, junto a los demás, de la cuantía aportada para la obtención de las viviendas y de lo adquirido con ella; hasta el momento de división de la comunidad en que se produce la correspondiente adquisición por cada socio de la propiedad individual de su vivienda. Vamos a analizar las circunstancias específicas de dicha copropiedad, demostrando su existencia y caracteres, para plantear después los efectos que la misma tiene sobre la adquisición de la propiedad de las viviendas.

La entrada en vigor de la LC de 1999 no modifica las posibilidades teóricas estudiadas en la relación entre la Cooperativa y el socio, cooperativa y de representación, la dualidad Cooperativa-comunidad, y las distintas fases existentes en la adjudicación de la vivienda, salvo algunos aspectos puntuales colaterales a las mismas que iremos viendo a lo largo del capítulo.

I. DUALIDAD: PERSONA JURÍDICA COOPERATIVA Y COMUNIDAD DE LOS SOCIOS SOBRE LO APORTADO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VIVIENDAS, LA LLAMADA “MASA DE GESTIÓN ECONÓMICA”.

1. INTRODUCCIÓN.

Partimos de la diversidad existente en la relación Cooperativa-socio, admitiendo tras su estudio la función de representación y gestión de aquélla, esta última generalmente delegada y que precisa completarse para entenderla de forma absoluta. Ya se ha demostrado, al analizar la hipótesis de interposición gestora o representación, la realidad incompleta de la representación individual del socio por la Cooperativa como única visión de la relación entre los sujetos principales, socios y Cooperativa. Así, se ha planteado y puesto en duda, en las Cooperativas de viviendas, su evolución hacia un esquema societario perfecto, con personalidad jurídica independiente y rasgos de empresa¹, olvidando que el esquema cooperativo presenta peculiaridades que no pueden abandonarse en esta evolución societaria sin freno, y ello por la importancia de su

¹ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: “*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*”: dirigidos por M. ALBALADEJO y F. SÁNCHEZ CALERO, art. 67 y ss., tomo XX, vol. 3º. Edersa, Madrid 1994, pág. 179 y ss. Rasgos que, según CHULIÁ, son: responsabilidad, representación, contabilidad, quiebra e inscripción en registro.

condición asociativa de agrupación voluntaria de personas, y su fin de desarrollo de una actividad al servicio de sus socios; peculiaridades cooperativas que se reflejan también, según CHULIÁ, en el objeto social y fin citado -que son el mismo-, en la constitución de la Cooperativa, en la relación de la Cooperativa con sus socios respecto de la actividad empresarial y en la intervención de la Asamblea General en la política cooperativa (que con la LC disminuye en importancia).

Una posibilidad admitida en la legislación de otros países² -aunque planteándose en algún caso la posible exclusión de la personalidad jurídica de la Cooperativa-, es considerar existente en el supuesto cooperativo una **relación básica³, asociativa o societaria, la**

² En otros países como Italia, este supuesto suele referirse sobre todo a los casos de adquisición sucesiva del uso (copropiedad sobre las viviendas) y posterior propiedad de las viviendas, y en algún momento a los de propiedad exclusiva del socio.

³ El contrato social o contrato de constitución de la Cooperativa está formado por los Estatutos, "*expresión del principio democrático de autonomía cooperativa*", junto con la escritura de constitución a los que el socio se adhiere. VICENT CHULIÁ en PAZ CANALEJO, N.; VICENT CHULIÁ, F: "*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*"; dirigidos por M. ALBALADEJO y F. SÁNCHEZ CALERO, art. 1 y ss., tomo XX, vol. 1º. Edersa, Madrid 1989, pág. 266.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M: "*La insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*". Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid 1976, pág. 115 y ss, analiza la construcción conjunta en comunidad, que presenta algunas semejanzas con el supuesto de construcción de las Cooperativas de viviendas, entre las cuales encontramos las que se relatan segundamente. Destaca este autor, con relación al acuerdo de los integrantes de la comunidad de construcción, que se encuentran unidos por un convenio plurilateral, que en nuestro caso sería el de constitución de la Cooperativa. Como consecuencias del carácter plurilateral destaca la ausencia de la exceptio non adimpleti contractus, la acción resolutoria respecto de cada copropietario por incumplimiento de sus obligaciones, sin afectar al vínculo del resto, así como la nulidad o anulabilidad del contrato afectando sólo a cada uno de ellos. Algunos problemas quedan sin resolver, como los casos de venta o hipoteca del propietario del piso en construcción. La venta como cesión de contrato precisa el consentimiento del cedente, del cesionario y del resto de copropietarios cedidos (la ausencia de consentimiento de los copropietarios no afecta a la validez de la venta, pero la comunidad puede reclamar el cumplimiento al cedente). Si no hay cesión sino subrogación en las obligaciones del copropietario, la comunidad conserva sus derechos contra el copropietario inicial si no se cumple. Además, el adquirente que asume las obligaciones del copropietario se compromete a todos los gastos que se produzcan en adelante hasta la construcción definitiva de la vivienda. Dichas obligaciones, salvo determinados supuestos, no gozan de preferencia sobre cualquiera otra, como sería un crédito hipotecario. En el supuesto cooperativo, la venta o hipoteca de la vivienda como cuota del socio queda sometida a las limitaciones impuestas por la legislación cooperativa y el contrato de constitución de ésta.

Según algún autor, como GARRIDO DE PALMA, V.M: "*Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa*"; asociaciones. Consejo General del Notariado, tomo I, Madrid 1996, pág. 390 y ss, la Cooperativa sería considerada asociación en sentido amplio, aunque no estricto, porque busca beneficiar a los cooperativistas. De tal forma, en sentido estricto, responde a la visión de sociedad actual, aunque es un tipo societario distinto de los tradicionales civiles y mercantiles previstos en el CC y C de c.

Recordando y resumiendo las posibilidades aportadas en el primer capítulo respecto de la consideración de la Cooperativa como asociación o sociedad:

propia Cooperativa, con funciones de formación y gestión de la voluntad de los socios y de representación de sus intereses frente a terceros, así como encargada de la organización de los propios socios, necesariamente copropietarios, **junto a una comunidad** formada por éstos, ente separado, dependiente de la Cooperativa, que se constituye sobre el derecho de propiedad de lo aportado para las viviendas ostentado por los socios sobre la llamada "masa de gestión económica", término acuñado por la doctrina cooperativista que ha tratado esta cuestión⁴.

La razón de la citada dualidad es que la Cooperativa se constituye con las funciones de representante y gestor de los intereses de los socios frente a terceros, para lo cual utiliza su personalidad jurídica independiente pero, durante la ejecución de la actividad cooperativa de construcción de viviendas, las aportaciones de los socios para la consecución de este objeto conforman temporalmente una copropiedad, sin ingresar en el capital y patrimonio cooperativos ni permanecer tampoco en idéntica situación en el patrimonio individual de éstos. Los socios quedan inevitablemente reunidos en

De admitirse la visión de Paz-Ares sobre la organización y estructura de las personas jurídicas, planteada en PAZ-ARES, C: "*Comentarios al Código Civil*": art. 1665 a 1708, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1299 y ss. la Cooperativa de viviendas se integraría en el eje común, la sociedad general, con los elementos de ésta: fin común, aportación y origen negocial; y dentro de éste, estructuralmente hablando en las corporativas, cuyo tipo general es la asociación, con carácter añadido de empresa, pero sin permanencia ni habitualidad y con objeto civil. En este sentido, no plantearía ningún problema la calificación de las Cooperativas como sociedades, por su estructura y funcionamiento, al margen de las especialidades de las mismas, razón por la cual su objeto y finalidad son específicos y autónomos.

Según la visión tradicional de la estructura de las personas jurídicas: CAFFARENA LAPORTA, J: "Personas jurídicas": "*Comentarios al Código Civil*", Ministerio de Justicia, Madrid 1993, tomo I, pág. 236, la Cooperativa sería una asociación que, sin ser de interés público, no persigue un fin de lucro, y se rige por sus propias normas, y supletoriamente por las de sociedad civil y las de comunidad de bienes.

También podría considerarse asociación privada de interés particular, sin fin de lucro y con normas propias. Así se manifiesta CAPILLA RONCERO, F: "*Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*", dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, art. 35 y ss., tomo I, vol. 3º, Edersa, Madrid 1993, pág. 879; y CAPILLA RONCERO, F: "*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. ALBALADEJO, art. 1665 y ss., tomo XXI, vol. 1º, Edersa, Madrid 1986.

⁴ FAJARDO GARCÍA, G: "*La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios*", Tecnos Madrid 1997, pág. 84. Cita a VICENT CHULLÁ, V como precursor del término en "*El régimen económico de la Cooperativa en la Ley de 19-12-1974*", REVESCO núm. 36-38 (monográfico a la Ley 1974), pág. 162.

comunidad⁵, de duración temporal, cuyo objeto es, principalmente, el derecho de propiedad sobre la cuantía aportada para el pago del precio de las viviendas, pudiendo recaer inicialmente sobre la propiedad del solar adquirido por ellos, así como sobre la titularidad de las obligaciones contraídas con terceros.

No se trata de una comunidad inserta en la Cooperativa como ente, según el planteamiento de Roca Sastre⁶ favorable a considerar que en toda sociedad late una comunidad convencional aunque frente a terceros utilice la personalidad jurídica⁷, sino

⁵ Aceptando la distinción entre cotitularidad y comunidad de: SEGURA ZURBANO, J.M: "*Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa*": Comunidad de bienes. Consejo General del Notariado, tomo I, Madrid 1996, pág. 20. El supuesto cooperativo es más bien una cotitularidad, que puede recaer sobre derechos reales o de crédito. Aunque por razones prácticas nos refiramos a una comunidad, por ser la copropiedad el asunto de mayor entidad, no excluimos la posibilidad de que la cotitularidad alcance derechos de crédito, como así ocurre en la relación con los terceros. Estos derechos de crédito serán exigibles a la Cooperativa, como representante indirecto de la comunidad, hasta que se de a conocer al representado.

⁶ ROCA SASTRE, R: "*Naturaleza jurídica de la aportación social*". RGLJ 1946, pág. 413 y ss. Este autor plantea esta visión con relación al estudio de la aportación social como acto de comunicación de bienes, modificativo de derechos y no transmisión onerosa del socio a la persona jurídica. Entiende que la aportación es "*un acto o negocio jurídico de comunicación de bienes, por virtud del cual se hacen comunes, cosas que antes eran propiedad exclusiva de los aportantes*" (pág. 419). Este contrato conlleva que se trata de una comunidad que da origen a la persona jurídica o queda fuera de ella. La aportación queda como un acto en que la titularidad "*no ha cesado, sino tan sólo ha sufrido una metamorfosis, consistente en que en vez de tener un dominio privado o exclusivo tiene un dominio en común o mezclado... sea un acto modificativo y no traslativo de bienes... no puede hablarse de que exista transferencia en la comunicación de bienes... Al igual que en la sociedad, en la comunicación de bienes más que contrato, que es figura de intereses opuestos, hay un acto colectivo o de unión...*" (pág. 418, 423 y 425). En relación con las sociedades, este autor manifiesta que desde el punto de vista externo se benefician de su personalidad jurídica, frente a terceros, mientras que en el aspecto interno el llamado patrimonio societario es de los socios, copropiedad de ellos. Desde este punto de vista, la sociedad tanto civil como mercantil, carece de patrimonio propio, siendo un intermediario frente a terceros de la comunidad formada por los socios, porque en el fondo es una comunidad. Como argumentos aporta que los acreedores del socio puede pedir el embargo de su parte porque es del socio, que el socio tiene obligación de saneamiento de lo aportado, que también soporta los riesgos de lo aportado porque la sociedad los soporta y en definitiva, la sociedad son los socios. Así, "*Estimamos suficientemente demostrado que la aportación social consiste en un acto o negocio jurídico de comunicación de bienes, aunque para terceros, externamente, o a los efectos de la actividad finalista del consorcio de intereses, la Sociedad se comporte como un ente, sujeto o persona jurídica.*" (pág. 445).

No podemos olvidar la opinión doctrinal favorable a la posibilidad de utilizarlo como tránsito a otras instituciones como la sociedad, cuando exista un contrato que vincule a los socios, no sólo con relación a la división sino también respecto a las normas de funcionamiento, transmisibilidad, prestaciones... MIQUEL GONZÁLEZ, J.M: "*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*" dirigidos por M. ALBALADEJO, art. 392 y ss., tomo V, vol. 2". Edersa, Madrid 1985, pág. 439.

⁷ Así lo interpreta también la sala 3ª del TS, contencioso-administrativa, con relación a la exigibilidad del Impuesto sobre Incremento de valor de los terrenos a los socios cooperativos, entre otras en las Sentencias de 5-6-1990 (Ar. 4833) -fundamento tercero-, 5-6-1990 (Ar. 5580) -fundamento tercero-, 6-6-1990 (Ar. 4834), 11-6-1990 (Ar. 4835) -fundamento segundo, 1-10-1990 (Ar. 7749), STS 2-10-1990 (Ar. 7754), 4-12-1990 (Ar. 9615) -fundamento segundo-, 8-5-1993 (Ar. 5820), 16-6-1993 (Ar. 4731), 8-11-1993 (Ar. 8420). El Tribunal afirma en todas ellas que no hay dos transmisiones sino una, dividiéndose la comunidad en porciones para cada socio. En concreto repite literalmente, en los fundamentos de derecho, la siguiente reflexión, básica para definirse respecto

más bien una comunidad de bienes independiente, en orden al planteamiento y concepto que ofrece BELTRÁN DE HEREDIA⁸, comunidad que difiere esencialmente de la sociedad⁹. No se trata de la primera visión planteada porque, aunque admitamos que el

de la cuestión principal: "En la transmisión por parte de una Cooperativa de viviendas a un socio de la misma de parte de su propiedad inmobiliaria, no hay transmisión sujeta al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos, dado que, "ni tan siquiera a efectos fiscales existe un verdadero enajenante, falta de enriquecimiento del transmitente (ausencia de lucro), cuya personalidad jurídica actúa únicamente como mero instrumento coordinador" con el fin exclusivo y esencial de facilitar a los asociados coparticipes en la propiedad inmobiliaria de la Cooperativa una parcela, adquirida por la precitada Cooperativa a sus expensas; ausencia de una transmisión en sentido fiscal... no puede estimarse exista, según la sentencia objeto de esta revisión, una "transmisión de propiedad", que es precisamente, el fundamento del mencionado impuesto municipal, ya que en la sentencia se entiende que el asociado de la Cooperativa era anterior coparticipante de la titularidad dominical que se le atribuye." En la de STS 1-10-1990 (Ar. 7749), fundamento de derecho tercero, afirma que "el asociado de la Cooperativa era ya anterior coparticipante de la titularidad dominical de la parcela que se le atribuye... que con esa operación jurídica, mal considerada como traslativa del dominio por el Ayuntamiento, lo que únicamente se produjo, como en cualquier caso en que la copropiedad se extingue, fue la simple sustitución de una porción o cuota "pro indiviso" que venía correspondiendo de modo abstracto sobre la totalidad del inmueble que era objeto de esa comunidad a cada uno de sus miembros, por la concreción material de la parcela que se adjudicaba en propiedad ya exclusiva al anterior socio, sin mutación alguna del valor que esa participación anterior tuviera, por lo que la adjudicación ninguna influencia ni repercusión podía tener a efectos tributarios ni la división practicada con tal motivo, de suerte que, si el acto no estaba sujeto al Impuesto, y así lo declaraba expresamente la sentencia, implícitamente también había que considerar declarado que carecía de validez la liquidación que, por consecuencia de la indebida exacción, se hubiera practicado."

Como vemos, el alto Tribunal manifiesta que no hay transmisión, ni siquiera fiscal, puesto que el asociado cooperativo era coparticipante en la titularidad posteriormente atribuida. En algún caso el Tribunal afirma también, pienso que erróneamente, que la adjudicación "no es más que la atribución del capital inmobiliario de la Sociedad Cooperativa a sus socios cooperativistas": STS 8-5-1993 (Ar. 5820), fundamento de derecho segundo. STS 16-6-1983 (Ar. 4731), fundamento de derecho segundo.

⁸ BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J: "La comunidad de bienes". Edersa, Madrid 1954, pág. 21 y ss: La comunidad "es un simple estado que como modo de ser o de aparecer, de un bien determinado o de un conjunto de bienes, y con independencia de toda relación, pertenece a la estática patrimonial". En las pág. 35 y ss y 115 y ss plantea este autor que aunque la base es común y la evolución histórica paralela, existen criterios de distinción entre la sociedad y la comunidad, como el origen contractual o de otro tipo, la *affectio societatis*, el fin único de ganancia o común suma de intereses de los miembros. Además, la sociedad evoluciona hacia la personificación, mientras que la comunidad no. En el caso cooperativo, la dualidad cooperativa – comunidad no evita que realmente exista una sociedad, persona jurídica independiente, que no puede ser incluida dentro de las sociedades de capital, aunque tampoco en las de personas, debiendo entenderse como un tipo híbrido de ambas, y con influencia de algunos aspectos asociativos en general que no pueden ser eliminados.

En el supuesto que analizamos, cooperativo, se trata de una comunidad, y no de una titularidad solidaria sobre la cosa común, ni tampoco de una titularidad mancomunada con separación de titularidades y objeto sobre el que recae. Tampoco nos referimos, por supuesto, a la titularidad personificada en la que la persona jurídica asume la cotitularidad.

⁹ SEGURA ZURBANO, J.M: "Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa"... cit, pág. 24, desarrolla el criterio de distinción del fin común de la sociedad, y los intereses comunes unidos que existen en la comunidad. En la pág. 26, distingue este autor la comunidad de la sociedad en general, y la civil en particular. En tal sentido, plantea que lo importante son los efectos de cada supuesto.

No se produce, en este caso, la posible visión del supuesto como sociedad en aspecto externo y comunidad en el interno, como recoge DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, JM: "Comunidad de bienes y empresa". Mc Graw Hill, Madrid 1997, pág. 121 y ss, citando a ROCA SASTRE, que considera la aportación social como comunicación de bienes, acto modificativo más que dispositivo de derechos. En este caso no hay transmisión de bienes, y si se sostuviera que la aportación implica transmisión habría que considerar que la división de la comunidad es un acto constitutivo y no declarativo, de la sociedad al socio. De los Ríos no admite los argumentos de Roca, por las diferencias existentes entre las sociedades y la comunidad, sociedades que no precisan más que la asunción de

patrimonio de las sociedades en general es realmente un patrimonio común de los socios, el de la Cooperativa no coincide con la masa de gestión económica y sobre ella no son necesariamente copropietarios todos los socios, puesto que pueden existir otros socios distintos, no usuarios, con participación en el capital social y patrimonio cooperativo, como los de trabajo y los colaboradores. Admitiendo que la masa de gestión económica no permanece como propiedad individual y separada de los socios durante la construcción de las viviendas, ni tampoco es de la Cooperativa, optamos por la ineludible existencia de una dualidad, Cooperativa – comunidad, al menos al interpretar la realidad¹⁰ legislativa, teórica y práctica en España, lo que no significa que el legislador pueda elegir esta visión comunitaria y asociativa, o decantarse hacia un esquema societario absoluto. Y ello, salvo que se admita, en algunas personas jurídicas como las

obligaciones por los socios, sin necesidad de contar con un patrimonio. No cabe hablar de comunidad sobre el capital social, gozando de autonomía patrimonial. Las sociedades son sujetos distintos de las personas que las componen, y pueden establecer relaciones jurídicas con terceros y con los socios. En la pág. 157, expresa que la comunidad es una situación jurídica y la sociedad un contrato, la comunidad es una consecuencia de la cosa o situación que la afecta, mientras que la sociedad se organiza como persona jurídica y es causa de la formación del fondo común. Pueden plantearse problemas en las comunidades de tipo convencional, aunque según el autor éstas no tienen significado ni una función concreta, por lo que duda que el contrato exista (pienso que este sería el supuesto cooperativo, en el que el significado y función viene determinado por el objeto y fin de la Cooperativa). Y ello, pese a que el autor (pág. 174 y ss) manifieste que si se aportan bienes para la consecución de un fin común, para ejercer una actividad económica, nos encontramos ante un contrato de sociedad y no ante una comunidad, mantenida para el goce de las cosas. La diferencia es la voluntad de afectar los bienes a una empresa común, o el estado o manera de estar de los bienes. Tampoco se puede hablar de una comunidad inicial que pasa a ser sociedad, porque los bienes en ningún momento ingresan en el capital o patrimonio de la Cooperativa (pág. 189).

ALBALADEJO distingue la comunidad y sociedad por el carácter que admita la voluntad de las partes, ovidando la personalidad jurídica, el origen contractual y el fin de lucro. Admite que puede existir una comunidad al margen de estos criterios, según el ánimo, al margen de la denominación, porque son dos *"formas de agruparse, utilizable cualquier de ellas a elección de los interesados... con ánimo de..."*; ALBALADEJO GARCÍA, M: *"La distinción entre comunidad y sociedad"*. Actualidad Civil III/1995, marginal 669 y ss.

¹⁰ Como afirma DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M: *"La insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal"* ... cit, pág. 35: *"El ritmo vertiginoso a que evoluciona la sociedad moderna determina la aparición continua de nuevos hechos. Surgen formas inéditas de relación, que escaparon en su día a la previsión legislativa. El legislador, ante esta situación insoslayable, puede reaccionar de dos maneras distintas. O bien intenta ponerse rápidamente al día, a través de reformas totales o parciales dirigidas a cubrir los huecos que la disposición primigenia dejó al descubierto o, por el contrario, conserva la calma y abre un margen de confianza a los intérpretes, sobre todo a los juristas prácticos, para que éstos, mediante la utilización de todos los recursos técnicos a su alcance, busquen las soluciones apetecidas extrayéndolas de los principios que inspiran la ley especial o los más generales del ordenamiento jurídico. No cabe duda que el buen camino es el segundo."*

Cooperativas, el planteamiento teórico de Roca Sastre de comunidad interna que es persona jurídica frente a terceros¹¹.

No es fácil determinar la razón que justifica esta especialidad cooperativa. Se nos ocurre que el legislador español, inicialmente favorable a la consideración de asociación, unida a la propiedad o copropiedad de los socios (de ahí la consideración de la aportación para viviendas como propiedad del socio en la legislación cooperativa hasta 1974 - Leyes de 1931 y 1942 y Reglamentos de desarrollo de éstas), se haya visto envuelto en la evolución actual de la personalidad jurídica, tendente a la excesiva abstracción; y, así una situación inicialmente clara, en que la cooperativa era contemplada y regulada como asociación, es desarrollada y estudiada desde el punto de vista de las sociedades de capital y las mercantiles en general, que todo lo absorben, con una abstracción e independencia total, olvidando las peculiaridades cooperativas que impiden la abstracción absoluta. Pese a los intentos de generalización del mundo societario, la evolución cooperativa –aunque a algunos no les guste - conserva ciertas especialidades, y el propio sustrato asociativo de las Cooperativas evita que puedan llegar a identificarse con el tipo de sociedad de capital, especialmente cuando en muchos aspectos están más cerca de las personalistas¹², postura a lo que nos adherimos, manifestando también la singularidad de la Cooperativa respecto de éstas.

Analizada la función representativa de la Cooperativa y admitida la de gestión, generalmente delegada, con base en la propia legislación cooperativa y supletoriamente

¹¹ Ver nota 6.

¹² GARCÍA MÁ. F.J.: “Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa”: comunidad de bienes. Consejo General del Notariado. tomo I. Madrid 1996, pág. 82 y ss. Se citan, al hilo del estudio de la sociedad civil, a las sociedades particulares de tráfico inmobiliario, para construcción y adquisición de viviendas que, generalmente, suelen organizarse en régimen de construcción en comunidad. si es para los propios socios, o bien mediante cooperativa de viviendas, que según este autor “puede ser la figura jurídica que mejor se adapte a este

en las normas del CC aplicables en esta materia; es necesario completar el estudio de la relación jurídica Cooperativa-socio con el de la situación patrimonial sobre la masa de gestión económica, esencial respecto del objeto y fin de la Cooperativa. De tal forma, se constituye una comunidad de los socios sobre la propiedad de lo aportado anticipadamente como precio de las viviendas y sobre la obra en construcción resultante u otros derechos procedentes de otros contratos -adquisición de terrenos, financiación-. Probablemente se trate de una comunidad formada por cuotas, partes ideales, alicuotas, no concretas, existiendo tantas cuotas como copropietarios (por ejemplo: en el caso de viviendas, la que corresponda a una vivienda de 2 dormitorios, en 3ª planta...). La comunidad sería, por supuesto, temporal, y el fin de la misma se produciría en el momento de su división, mediante la constitución y eficacia del régimen de Propiedad Horizontal del edificio, con la consiguiente adquisición por los socios de la propiedad de su vivienda, concreta y específica. Esta situación, más compleja de lo que se estima en apariencia, no excluye la doble condición de la Cooperativa como ente, persona jurídica y representante de los socios, y simplemente matiza que el representado, el socio usuario, debe tenerse en cuenta individual o colectivamente, en comunidad con los demás, según el momento.

Algunos de los aspectos que van a analizarse con relación a la existencia de una comunidad sobre lo aportado para las viviendas, "masa de gestión económica", han sido ya planteados como argumentos en orden a la distinción entre el acceso del socio a la propiedad individual o a una copropiedad sobre las viviendas. En el capítulo segundo se desechó el supuesto de adquisición en régimen de copropiedad, centrándonos en el de

tema, con las repercusiones importantes del régimen fiscal de cooperativas en lo relativo a las cooperativas de viviendas."

adquisición de la propiedad individual de la vivienda por el socio. En el análisis posterior del supuesto de hecho central de la tesis hemos llegado a la conclusión de que, excluidos los de propiedad colectiva con derecho de uso de la vivienda por el socio, más utilizados en otros países, y refiriéndonos únicamente a los de propiedad individual, no puede eliminarse y evitarse la realidad necesaria de copropiedad durante el período de construcción de las viviendas. En este caso, copropiedad y propiedad individual no son soluciones contrapuestas, sino sucesivas en el proceso de adquisición por el socio de la propiedad individual de la vivienda, existiendo una copropiedad inicial que deja paso a la propiedad individual y definitiva del socio sobre su vivienda. Al sumarse a la del resto de socios la cuota de cada uno se encuentra inicialmente indeterminada, destinándose lo aportado a la obtención del edificio, obra cuya contraprestación pertenece en copropiedad a los socios, como "masa de gestión económica" común. La concreción de las cuotas se producirá por la división del edificio en propiedad horizontal, cuando aquel exista y tenga lugar la individualización de las viviendas respecto de cada uno de los socios.

La individualización puede tener consecuencias en orden al exacto conocimiento por los socios de esta situación al comprometerse y ser admitidos en la Cooperativa, ofreciéndose una vivienda y coste determinados. La falta de información respecto a la concreción futura de la vivienda, aunque no puede incluirse dentro del derecho de información del socio regulado en el art. 16 LC -36 LGC-, puesto que éste se refiere a la facultad de exigir información a la Cooperativa en funcionamiento, podría estudiarse como vulneración del derecho a la información cierta o como un caso de publicidad engañosa, según establece la Ley 20/1984 de 19 de julio para la defensa de los

consumidores y usuarios en su artículo 8.2º y 3º¹³ y la legislación que la desarrolla, puesto que el socio es consumidor -por aplicación del art. 1 de la LCU¹⁴- respecto de los que promueven la Cooperativa y le informan, generalmente empresas gestoras, y respecto de los terceros con los que la Cooperativa actúa. La LC actual refuerza esta opinión e incluye la referencia expresa a la aplicación de la LCU y las normas sobre consumidores en general en la disposición adicional quinta, apartado séptimo¹⁵. La individualización de las viviendas puede producirse en cualquier momento desde la inscripción como socio hasta su entrega, mediante reserva a favor de cada socio por los procedimientos estipulados -elección según antigüedad o sorteo-, pero la división efectiva del patrimonio comunitario, que conlleva la adquisición de la propiedad individual de cada una de ellas, requiere además la construcción definitiva y entrega total de la obra, como fundamento de la adquisición de la propiedad de la vivienda. El fundamento de esta nueva posibilidad lo encontramos en la realidad práctica de las Cooperativas de viviendas en régimen de propiedad individual en nuestro país.

¹³ "Art. 8º.1. La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.

3. La oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, será perseguida y sancionada como fraude. Las asociaciones de consumidores y usuarios, constituidas de acuerdo con lo establecido en esta Ley, estarán legitimados para iniciar e intervenir en los procedimientos administrativos tendientes a hacerla cesar."

¹⁴ "Art. 1.2º. A los efectos de esta Ley, son **consumidores o usuarios** las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. 3º. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros."

¹⁵ Disposición adicional quinta.7. Las Sociedades Cooperativas estarán sujetas a lo establecido en la Ley 26 1984 de 19 de julio, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y demás disposiciones sobre defensa de los consumidores y usuarios, así como a las disposiciones sanitarias y asistenciales cuando resulten de aplicación."

posibilidad a la que no se opone la regulación teórica de las mismas, tanto la contenida en la LC como en las normas autonómicas.

Así pues, tras analizar la relación entre la Cooperativa y el socio como persona jurídica y representante de éstos, pasamos a estudiar el camino patrimonial que siguen sus aportaciones, y las circunstancias que llevan a los socios a adquirir la propiedad de su vivienda. A continuación plantearemos si la base teórica de esta hipótesis puede trasladarse a otros supuestos, y si en otros países la doctrina o el legislador la tienen en cuenta. Después del estudio de esta situación de copropiedad, que completa lo dicho en materia de representación, estaremos en condiciones de exponer las fases que deben diferenciarse en la vida cooperativa y los efectos que se producen en cada una de ellas sobre cuestiones cooperativas, de representación y de propiedad de las viviendas.

2. ARGUMENTOS Y DESARROLLO DE LA HIPÓTESIS.

Vamos a analizar los aspectos más relevantes de la admisión de la dualidad Cooperativa - comunidad como hipótesis aceptada en la relación Cooperativa – socio respecto de la masa patrimonial “de gestión económica”, sin olvidar que la Cooperativa actúa como entidad que reúne y organiza los intereses de los socios, y como representante de éstos frente a terceros. Algunos argumentos pueden calificarse como **no favorables** a esta hipótesis porque no aclaran la relación entre ambas instituciones, Cooperativa y comunidad, o la realidad de copropiedad; pero hay una gran mayoría **a favor de la misma**. Nos referimos en primer lugar a la relación entre la persona jurídica Cooperativa y la comunidad o copropiedad sobre lo aportado para la construcción de las viviendas, “masa de gestión económica”, para posteriormente analizar la individualidad y caracteres de la comunidad.

2.1. Relación entre la Cooperativa y la comunidad.

La dualidad temporal Cooperativa- comunidad nos lleva a pensar que la persona jurídica cooperativa, a diferencia de otras, no ha sufrido una evolución total en su personificación como ente jurídico independiente. La condición de persona jurídica debería absorber la comunidad, que habría pasado a ser propiedad de la Cooperativa, transmitiendo ésta a sus socios las viviendas individuales, al igual que ocurre en otros países de nuestro entorno -Francia e Italia admiten la adquisición de la propiedad por la propia Cooperativa-. En nuestro ordenamiento la comunidad ha permanecido diferenciada de la Cooperativa, no integrándose en su patrimonio. Como hemos dicho, las razones de ello no son fáciles de determinar, puesto que desconocemos si se trata de un defecto en su evolución como persona jurídica, o un deseo del legislador¹⁶ de que permanezcan como independientes los patrimonios de Cooperativa, copropiedad o masa de gestión de económica, y patrimonio individual de cada socio, distinción entendida como característica específica de la figura para diferenciarse del resto, especialmente de las sociedades de capital. Tampoco ha favorecido a resolver lo anterior la gran variedad de Cooperativas en función de su actividad, y la indefinición respecto a los derechos de los socios en cada una de ellas.

Refiriéndonos inicialmente a cada una de las figuras nos encontramos, en primer lugar, ante la dificultad de determinar el tipo de comunidad o copropiedad existente, de tipo germánico o romano¹⁷; Así, debe determinarse si la copropiedad es de tipo colectivo, sin individualidad ni cuotas, con finalidad colectiva y vínculo personal entre las partes e

¹⁶ Podría estimarse que la Cooperativa y la comunidad vienen vinculadas por imperativo legal: DE CASTRO, F: "Derecho Civil de España". Civitas, Madrid 1984, pág. 595.

¹⁷ Quedaría desechada la comunidad dividida o pro diviso en función de que los socios tienen todos por igual la propiedad de la cuantía aportada y la propiedad de lo construido, sin exclusión de ninguna de las facultades del dominio.

indivisible, lo que nos situaría en el tipo germánico¹⁸; o del tipo de la romana, individual, con cuotas determinadas y divisible por esencia. De la comunidad germánica sólo podrían admitirse algunos aspectos, como la realidad dual de la visión interna y externa de la actuación cooperativa, con una comunidad a efectos internos que ostenta la propiedad del objeto social, y la propiedad formal y actuación como persona jurídica frente a terceros. Sin embargo, quiebra su aplicación en las notas esenciales de ausencia de personalidad jurídica y ausencia de cuotas sobre el patrimonio común¹⁹, que no son

¹⁸ Notas sobre la comunidad germánica en: LUNA SERRANO, A: en LACRUZ, J.L: "Elementos de Derecho Civil IIF". Vol. 2º. Redactado por LACRUZ, SANCHE, LUNA, DELGADO, RIVERO, RAMS y MENDOZA. Bosch, Barcelona 1991, pág. 495 y ss. NÚÑEZ IGLESIAS, A: "Comunidad e indivisibilidad". Mc Graw Hill, Madrid 1995, pág. 188.

También BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J: "La comunidad de bienes"... *cit*, pág. 79 y ss, realiza un estudio de los caracteres de la comunidad en mano común. La propiedad es de la colectividad, sin individualizarse sujetos concretos ni una persona jurídica, se trata de un derecho con pluralidad de titulares. No hay cuotas, hay posición de comuneros. El origen de la organización que resulta puede ser un contrato que se extingue al desaparecer el vínculo. La comunidad germánica en su aspecto externo, con terceros, actúa como sujeto independiente con patrimonio propio. Internamente no se transfiere ningún derecho ni se crea un nuevo sujeto, encontrándonos ante una titularidad plural que actúa mediante el acuerdo unánime, y es "*una simple pluralidad coligada de personas*". La sociedad germánica desarrolla dos tipos societarios, de derecho privado y de derecho público. La sociedad privada es de tipo familiar, organizada según la colectividad, y con propiedad colectiva. La corporación o asociación de derecho público tiene una organización y autonomía patrimonial, puesto que societariamente no actúan de forma colectiva sino con voluntad única obtenida mediante deliberaciones. La propiedad es individual de sus miembros, y corporativamente es colectiva.

Se admiten las notas de inalienabilidad, sin división en cuotas por pertenecer a la colectividad para la comunidad germánica por LACRUZ BERDEJO, J.L: "Elementos de Derecho Civil III". Vol. 2º. Bosch, Barcelona 1980, colabora SANCHE REBULLIDA, pág. 287.

En Derecho español no se admite en general la comunidad en mano común por que los principios son distintos, aunque alguna figura tiene similitudes, mezclando aspectos de la romana con alguno de la germánica. Así ocurre con la sociedad de gananciales, inalienable, en que no existen cuotas, perteneciendo la titularidad a ambos cónyuges, que gestionan y disponen conjuntamente, y quedando los bienes afectos a las deudas de la sociedad. DIEZ PICAZO, L: GULLÓN BALLESTEROS, A: "Sistema de Derecho Civil". Vol. IV. Tecnos, Madrid 1998, pág. 175; ALBALADEJO GARCÍA, M: "Derecho Civil V". Bosch, Barcelona 1997, pág. 169.

El supuesto de las Cooperativas de viviendas podría ser semejante en algún aspecto, como el de la propiedad de la colectividad, de la pluralidad de titulares. Es diferente en otros, porque cada socio ostenta una cuota ideal y se trata de una persona jurídica, cuyo negocio jurídico de constitución no desaparece. Tomando como base la dualidad externa-interna es cierto que la Cooperativa en su aspecto externo actúa como un sujeto independiente, con patrimonio propio, patrimonio que no coincide con el de la comunidad de socios, e internamente los socios son los propietarios y los que actúan. Puede encontrarse alguna similitud del supuesto cooperativo con alguna de las notas de la sociedad germánica corporativa de derecho público, por la organización y actuación única, y la situación dual de propiedad individual de los miembros y corporativa o colectiva.

Según PAZ-ARES, C: "Comentarios al Código Civil": art. 1665 a 1708, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1375- 1376, en la comunidad germánica, desde el punto de vista formal, se atribuye el patrimonio a los socios, y desde el material la atribución se hace a la sociedad, lo que es sustancialmente contrario a lo que ocurre en las Cooperativas de viviendas.

¹⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M. "Derecho Civil III" Vol. 2º. Bosch, Barcelona 1994, pág. 388.

disponibles individualmente ni embargables. La comunidad que analizamos se aproxima más al tipo de comunidad romana, dividida en cuotas y de duración temporal²⁰.

En otro orden de cosas la Cooperativa podría entenderse como una persona jurídica especial, con un sustrato asociativo importante, con variantes y especificidades según la actividad que, en las Cooperativas de viviendas, se concretan en la existencia de esta comunidad sobre la masa de gestión económica, al margen de la Cooperativa, aunque relacionada con ella.

A esta posibilidad se añade favorablemente que el fenómeno de construcción en régimen de comunidad, tanto sin personalidad jurídica como dentro de una Cooperativa, se encuentra en auge²¹, lo que pone en duda la idea que se tenía hasta ahora de que la

²⁰ Dentro de la construcción jurídica de la copropiedad por cuotas, puede entenderse que nos encontramos ante un caso de división intelectual de la cosa, fraccionada en tantas cuotas como copropietarios, o mantener que se trata de un único derecho de propiedad dividido en cuotas ideales, o bien un derecho íntegro de cada copropietario sobre la totalidad de la cosa limitado por los derechos de los demás.

²¹ DIEZ PICAZO, L; GULLÓN BALLESTEROS, A: "Sistema de Derecho Civil" vol. III. Tecnos, Madrid 1998, pág. 246: "Hoy nos encontramos en una tercera fase o etapa, en la cual los temas más sobresalientes parecen ser otros: la previa constitución de las comunidades como comunidades de construcción para un posterior establecimiento del régimen de propiedad horizontal entre los comuneros (que disuelven la comunidad), con los problemas de todo orden que ello suscita no sólo en las relaciones internas entre ellos, sino en orden al cumplimiento y ejecución de los contratos de obra."

A favor de la comunidad, quebrando el argumento de que el propio legislador regula esta figura con disfavor: MORENO TRUJILLO, E: "La indivisión voluntaria en las comunidades de bienes". Bosch, Barcelona 1994, pág. 23 y ss: "Los inconvenientes que se suelen aducir no tienen por qué necesariamente hacerse patentes en una determinada comunidad de bienes, y por ello puede resultar de la comunidad una situación de ventaja, tanto jurídica como económicamente." . La autora se refiere, entre otras, a las comunidades favorables de garaje, multipropiedad (actualmente "aprovechamiento por turno de bienes inmuebles" regulados por la Ley 42/1998 de 15-12) y para edificar. También recoge, tanto las ideas liberal e individualista desfavorable a la comunidad, como la crítica a esta concepción clásica, exigida por la realidad práctica, NÚÑEZ IGLESIAS, A: "Comunidad e indivisibilidad"... cit, pág. 3, 13 y ss. "Se ha venido criticando la postura tradicional sobre la comunidad, porque, además de existir ciertas cosas que nunca han tolerado bien, sobre sí, una comunidad según la concepción tradicional, hoy existen otras, cada vez más numerosas, que no es rentable que pertenezcan a una sola persona... Y porque la situación de pertenencia colectiva de unas y otras no tiene por qué seguir buscando soluciones, a veces forzadas, a través de las asociaciones, de las sociedades o servidumbres."

Desarrolla la comunidad para edificar, como comunidad asociativa entre la comunidad y la sociedad: MUÑOZ DE DIOS, G: "Aportación de solar y construcción en comunidad". Espasa Calpe, Madrid 1980.

DE LA CÁMARA ALVAREZ, M: "La insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal"... cit, pág. 101: Hace referencia este autor a la construcción directa por los futuros copropietarios, unidos espontáneamente o mediante intermediario, como autoconstrucción de edificios en régimen de PH. Según el autor, la autoconstrucción implica la existencia de un vínculo asociativo, y su planificación jurídica puede realizarse a través de dos instrumentos jurídicos distintos, la comunidad y la sociedad. El tipo más adecuado es el societario, aunque "para que pueda funcionar adecuadamente bajo el marco de la sociedad es menester que el Derecho

comunidad deba considerarse como una figura perjudicial o desventajosa respecto de los derechos de los partícipes²². Son destacables los beneficios de todo tipo que se logran con ambas, entre los que destacan los fiscales.

Centrándonos en la relación entre las figuras, Cooperativa y comunidad, hay que analizar cual de las siguientes posibilidades es la correcta: la Cooperativa representa a la comunidad y se supedita a ella, la comunidad depende de la Cooperativa, ambas son absolutamente independientes o bien se trata de dos figuras jurídicas necesariamente coligadas en las Cooperativas de viviendas en cuestión. No está claro cual de estas opciones es la más acertada. Pensamos que, para no abandonar la visión ideal de la Cooperativa de viviendas tal y como existe y se regula en España, hay que admitir que ambas son necesarias, Cooperativa y comunidad, coligadas, dependiendo la segunda de la primera, en la que tiene su causa y origen. La inscripción como socio cooperativista conlleva necesariamente la inclusión en la comunidad constituida sobre la "masa de gestión económica", para el ejercicio de los correlativos deber y derecho a participar en la actividad cooperativa, no pudiendo optar a la vivienda cooperativa resultante sin tener la cualidad de socio, lo que determina la dependencia de la comunidad respecto de la Cooperativa. Además, la pertenencia a una u otra no puede eliminarse de forma

positivo regule un tipo social específico caracterizado por ese fin." Cita como ejemplo el autor a las sociedades de construcción uruguayas y francesas, cuya forma puede ser cualquiera de las societarias, en las que la vivienda viene representada en títulos o acciones, que puede atribuirse por separación del socio, o por división del patrimonio social, con o sin disolución de la sociedad. Recuerda el autor que en nuestro ordenamiento jurídico no se regula ninguna clase de sociedad específica de construcción de edificios, y no se muestra de acuerdo en acudir a la vía societaria para incluir en ella los supuestos de construcción en comunidad. Cita al respecto, pág. 106, no sólo a las comunidades de propietarios, sino también a las Cooperativas de viviendas como sistema de construcción en comunidad, aunque lo desecha pues dice que su legislación es compleja y oscura, bajo control administrativo y con ventajas fiscales sólo aplicables en algunos casos.

MIQUEL GONZÁLEZ, JM: "Comentarios al Código Civil": art. 392 y ss, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1993. Pág. 1103: "Suponer que en nuestro Derecho hay una valoración negativa de las comunidades no es admisible. En cualquier caso el juicio sobre la eficiencia económica de una comunidad lo ofrece el mercado de un modo relativamente simple."

²² BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J: "La comunidad de bienes"... cit, pág. 330: "La comunidad es un estado antieconómico de los bienes... temporal y transitorio".

independiente; la baja o expulsión de la Cooperativa de viviendas lleva consigo la decadencia del derecho a la vivienda; y la pretensión de no optar a la propiedad de la vivienda, como participación en la actividad cooperativa, deber del socio, provoca su baja o expulsión, para evitar perjuicios a otros cooperativistas -no está claro si el socio en estos casos podría solicitar la permanencia como colaborador de la Cooperativa-. En esta especial relación debe aportarse la opinión del TC²³, que considera relevante el perjuicio económico significativo que supone para el socio la expulsión, por la pérdida del derecho a la adjudicación de la vivienda, lo que puede entenderse como argumento favorable a la relación entre las entidades citadas. Es destacable que muchas notas de la comunidad, como situación de hecho, se ven influenciadas por la realidad asociativa que constituye el vínculo jurídico obligacional principal²⁴.

El régimen de organización, administración y representación de la comunidad se realizará por la persona jurídica cooperativa, como posibilidad facilitada por el legislador, y ello aunque, en la actualidad, en algunos casos se delegue la administración en una empresa gestora, quedando la Cooperativa con una función meramente representativa y de organización. A diferencia de los supuestos de comunidad simple, ente sin personalidad jurídica, la comunidad anexa a una Cooperativa puede servirse de la personalidad jurídica de ésta para las cuestiones en que sea necesario, especialmente la organización y la

²³ Ante recurso de amparo formulado por la Cooperativa de viviendas que expulsa, por entender que la STS que deja sin efecto la expulsión del socio ha vulnerado el derecho de asociación, como derecho de organizarse, el TC, en S. 21-3-1994 (Ar. 96), afirma lo siguiente. Aún que se admita que el derecho de asociación comprende también el establecimiento de la propia organización del ente, ello debe entenderse *“en el marco de la Constitución y de las Leyes que, respetando el contenido esencial de tal derecho, lo desarrollen o lo regulen... sin entrar a considerar la naturaleza y el régimen jurídico de las sociedades cooperativas... en las mismas existe una aportación económica por parte de los socios al capital social, que es el presupuesto para la adjudicación al socio de una de ellas (viviendas)... Es claro, pues, que el Acuerdo de expulsión del SR..., así como el correlativo de la adjudicación del piso a otro socio, entrañaban un perjuicio económico significativo para el primero. Lo que justifica que en el presente caso los Tribunales ostenten una plena cognitio de los referidos Acuerdos sociales, como garantía última de la conformidad a los Estatutos y a la Ley de los acuerdos de la Sociedad Cooperativa”*.

²⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: *“Comentarios al Código Civil...”*, art. 392 y ss., *cit.*, pág. 440.

actuación con terceros. Esta hipótesis de comunidad unida, coligada y dependiente de la Cooperativa nos sitúa ante una realidad de autoconstrucción colectiva, aunque no material.

La consideración dual del supuesto cooperativo, como cooperativa y comunidad, evitaría la aplicación absoluta de las normas cooperativas, insuficientes, a todos los ámbitos cooperativos, -lo que había previsto el legislador, en el artículo 116 LGC, y no es recogido por la LC actual expresamente, aunque deba admitirse como derecho común y supletorio-; conllevaría la aplicación supletoria, en cada caso, de las normas civiles de que se trate, las de comunidad de bienes, al igual que en otros aspectos como la función representativa de la Cooperativa se aplican las relativas a la representación, junto con las de obligaciones y contratos y contratos en general. Con esta nueva situación se logra además que cada sujeto interviniente, en lo que le corresponde, asuma la responsabilidad y los riesgos de su actuación²⁵.

De tal forma seguiría manteniéndose el sustrato teórico originario cooperativo, la colaboración de los socios para el logro del fin común sirviéndose de la persona jurídica cooperativa, sin olvidar la realidad práctica actual, demandante de soluciones, en que la Cooperativa de viviendas, con un sustrato asociativo innegable, se constituye con el

²⁵ Los socios realizando el cumplimiento o pago de la cantidad que aportan para la construcción de su vivienda, cantidades que se unen temporalmente en copropiedad, y el cumplimiento de los deberes sociales exigibles dentro de la Cooperativa a la que pertenecen, como copropietarios en el primer caso y como copromotores en el segundo y, en cualquiera de ellos, adjudicatarios; y la Cooperativa, como persona jurídica que organiza y administra la comunidad de bienes resultante de su objeto cooperativo, como instrumento de formación de voluntad de los miembros de ésta; y nexo de unión entre los socios y los terceros y de éstos frente a aquellos respectivamente, actuando como representante de los intereses de sus socios. La empresa constructora encargada de la obra se obliga a realizar ésta sin vicios ni defectos, y entregarla en plazo a la Cooperativa, dueña de la obra como entidad jurídica representante de los socios, que temporalmente se encuentran en comunidad. En idéntica situación al constructor se encontrarían los arquitectos encargados del Proyecto, los vendedores del solar y las entidades financieras. La empresa gestora, que asume la administración y gestión de la Cooperativa en lo relativo a la construcción (facultades teóricas de la Cooperativa), queda sometida a lo convenido con los socios, como sujetos integrantes de la Cooperativa, o directamente con ésta, ya sea mandato, arrendamiento de servicios...

objeto principal de facilitar las viviendas a sus miembros, sin poseer en ningún momento la propiedad de éstas. La Cooperativa, persona jurídica de la que depende y se une la comunidad o copropiedad de los socios sobre la "masa de gestión económica", se constituye como representante de tipo indirecto de los socios, individualmente o en comunidad, ejecutor de su voluntad frente a terceros, ajena en parte a dicha comunidad -dentro de una abstracción relativa de la Cooperativa-.

A efectos civiles internos coexisten tres tipos de situaciones patrimoniales, el patrimonio de la Cooperativa, el de cada socio individual y la "masa de gestión económica", que pertenece a los socios en comunidad -cuyas cuotas permanecen en su patrimonio- pero se encuentra afecta a las condiciones determinadas en la Cooperativa. Aunque inicialmente pudiera pensarse en la identificación del patrimonio cooperativo y comunitario, o del comunitario y el de cada socio, ello no es admisible dentro de nuestra regulación y práctica cooperativa, en que la aportación económica para la adjudicación de vivienda al socio, independiente del patrimonio y capital cooperativo, no constituye un elemento de la persona jurídica cooperativa, entendiendo como elementos de la persona jurídica los aportados por DE CASTRO²⁶. La Cooperativa tiene capacidad de obrar independiente, estructura artificial, fin y objeto lícitos y goza de publicidad frente a terceros; y también posee un patrimonio propio formado por los derechos y deberes que afectan al capital social.

Pueden diferenciarse distintos tipos de gestores, según el grado de intervención de los mismos, simples intermediarios (mediación), asumiendo también la administración de la construcción de las viviendas, representantes de la Cooperativa o de los socios, o actuando incluso como verdaderos promotores inmobiliarios.

²⁶ DE CASTRO, F: "*La persona jurídica*". Civitas, Madrid 1984, pág. 18. Son elementos la capacidad de obrar propia e independiente, la estructura artificial, la finalidad u objeto lícito, el patrimonio propio y la publicidad. Dentro del elemento patrimonial, los requisitos de éste son: destino y titularidad especial y mantenimiento formal de su separación, pág. 37.

La aportación para la obtención de vivienda tiene un destino, la vivienda, y una titularidad especial, es de los socios, pero no goza en ningún momento de separación formal, no es propiedad de la Cooperativa²⁷, es propiedad de todos los socios, cada uno con su cuota, en régimen de indivisión temporal, y queda sujeta, afecta²⁸ a lo establecido por la Cooperativa –situación que viene respaldada por lo previsto por el legislador en el art. 52.3 de la LC²⁹ -art. 81 LGC- y en artículos similares de las Leyes de las CCAA. Así se deduce de las normas de la LC relativas a la actividad cooperativa: como mención estatutaria –art. 11-, derecho y deber de los socios –art. 15 y 16 - y ajena a la propiedad de la Cooperativa –art. 52.3; cuyo estudio se ha realizado en el capítulo segundo, al que nos remitimos. Las cuestiones que van a ser objeto de estudio son aplicables, tanto al supuesto de vigencia de la LGC anterior de 1987 como de la actual de 1999.

Antes de entrar en el análisis específico de la situación de comunidad vamos a plantear resumidamente algunas cuestiones que afectan a la Cooperativa y a las facultades que le corresponden.

²⁷ GÓMEZ APARICIO A.P: *“Análisis de los aspectos financieros de la Sociedad Cooperativa de viviendas en España”*. Comunidad de Madrid 1991, pág. 103, reiterado en 261 y 263. Estos pagos no integran el capital social ni el patrimonio cooperativo, y son: *“pagos para la obtención de los servicios cooperativizados, que pueden considerarse como un anticipo de los socios... no integrando el capital social... Dichas aportaciones constituyen el eje de las relaciones económicas del socio con la cooperativa.”*

²⁸ GÓMEZ APARICIO A.P: *“Análisis de los aspectos financieros de la Sociedad Cooperativa de viviendas en España”*... *cit*, pág. 189. Esta afección implica que *“El solar y las viviendas en construcción constituyen las existencias de la cooperativa de viviendas; permanecen vinculadas a la sociedad hasta que se produce la escritura de adjudicación de las viviendas, sin que se utilicen para desarrollar la actividad productiva de la empresa.”* Pensamos que esta referencia a la Cooperativa debe hacerse a la comunidad, y la Cooperativa como representante de la misma, quedando vinculadas hasta su entrega por la especialidad del supuesto cooperativo, en que los acreedores sociales de la persona jurídica suelen serlo, mayoritariamente, en base a las viviendas.

²⁹ *“Los bienes de cualquier clase entregados por los socios para la gestión cooperativa y, en general, los pagos para la obtención de los servicios cooperativizados, no integran el capital social y están sujetos a las condiciones fijadas y contratadas con la Sociedad Cooperativa”*.

2.2. Cooperativa.

La Cooperativa de viviendas se constituye con el objeto social y fin de proporcionar viviendas a sus socios. Inicialmente considerada como asociación, ha pasado a denominarse legalmente como sociedad y a regularse como tal de forma independiente, sin perder su carácter inicial. Esta independencia y carácter asociativo, importantes a efectos formales, de organización, estructura y actuación frente a terceros, no afectan en absoluto al sustrato comunitario formado por las aportaciones a la "masa de gestión económica".

Las normas cooperativas generales, estatales o autonómicas, regulan todo lo relativo a la constitución, sujetos, objeto, patrimonio y capital, extinción y clases de cooperativas, así como algunas notas específicas sobre las Cooperativas de viviendas, sin aludir, en este caso, a la comunidad de los socios sobre lo aportado para la construcción de las viviendas, aunque puede deducirse de la interpretación de sus normas. Pueden considerarse aplicables a esta comunidad todas las normas cooperativas que regulen algún efecto sobre la propiedad de las viviendas, como las de inscripción, baja y expulsión, reembolsos, retornos y pérdidas y derechos y deberes recíprocos de la Cooperativa y el socio aunque, puesto que la legislación cooperativa no hace referencia a esta hipótesis, su concepto y requisitos deben ser estudiados desde la regulación de la comunidad, tal y como civilmente la conceptúa nuestro Código Civil.

La Cooperativa de viviendas³⁰, como persona jurídica que administra y representa los intereses de los socios, ejercita sus facultades con relación a la comunidad formada por

³⁰ Como afirma MUÑOZ DE DIOS, en su visión particular que refleja claramente la realidad del supuesto analizado, la Cooperativa "constituye a nuestro juicio la forma idónea a adoptar por las comunidades de construcción... Como anticipábamos, el juicio crítico que nos merece esta institución, con la regulación bosquejada, es totalmente favorable. Tiene personalidad jurídica independiente, con una Asamblea general como órgano soberano y supremo, que toma sus acuerdos por mayoría de votos, que es reforzada solo para

los socios, por lo que lo actuado repercutirá finalmente sobre cada uno de ellos en particular. Aunque la facultad de administración en lo relativo a las viviendas y la actuación con terceros puede permanecer en sus manos o delegarse a una empresa gestora, la facultad de formación de la voluntad de los socios y de representación de la Cooperativa debe permanecer en ésta, así como la organización y gestión de los derechos de los socios dentro de la comunidad.

La representación ha sido ya analizada; la función de formación de la voluntad común viene regulada en las normas cooperativas relativas a los órganos cooperativos, la facultad de administración de los intereses de los socios puede ser realizada por los órganos cooperativos o delegarse en una empresa gestora; cuya relación con la Cooperativa será analizada más adelante. La organización de los derechos de los socios en los sucesivos momentos de inscripción, reserva o individualización y adjudicación corresponde a la Cooperativa, y su estudio se realizará más adelante.

2.3. Comunidad.

La comunidad de los socios sobre la masa de gestión económica que da lugar a la comunidad de propietarios³¹ es promovida por algunos de sus miembros o en algún caso

determinados actos, lo que frente a la comunidad romana supone no tener que depender de la unanimidad para actos dispositivos o determinativos... tiene a su favor la Cooperativa el poder atribuir legalmente a cada socio el uso o plena propiedad de su piso... llena plenamente la aspiración y voluntad negocial del que se integra en la agrupación de autopromotores: obtener su propia vivienda, bien sea en uso o en propiedad, por el menor coste posible; y con la Cooperativa lo consigue por su propia naturaleza al evitar el precio añadido de ganancia del constructor, y por las lógicas ventajas que deben de concedérsele a estas Entidades a través de la asignación de solares de gestión pública y préstamos preferentes... Los efectos normales, al permitirle la Ley una gran autodeterminación a la Cooperativa, pueden ser de dos tipos: Cesión del uso y disfrute del piso al socio, conservando aquélla la propiedad, o transmisión de la plena propiedad al socio.” MUÑOZ DE DIOS, G: “Aportación de solar y construcción en comunidad”... cit, pág. 177, 181 y 185.

³¹ MUÑOZ DE DIOS, G: “Aportación de solar y construcción en comunidad”... cit, pág. 142. Es una comunidad del tipo de la referida por este autor, de autoaportación y autoconstrucción. “Se le denomina genéricamente comunidad a la situación pero no con la intención de encasillarla jurídicamente en esta forma jurídica, ya que como veremos posteriormente puede adoptar alguna otra de las tipificadas por nuestra legislación.” Dicha comunidad surge espontáneamente, promovida por los comuneros o por el promotor de comunidades. Como afirma, una de las cuestiones más interesantes es averiguar cuando surge la Propiedad Horizontal en ella, y otra

por sujetos ajenos a ella, y depende de una persona jurídica, independiente, la Cooperativa, cuyo fin común reúne los intereses particulares de sus miembros. De tal forma, coexisten la organización y formación de la voluntad común mediante la figura Cooperativa, que actúa también como representante frente a terceros intervinientes en el proceso de construcción de las viviendas, junto al sustrato comunitario de los derechos y deberes de los socios sobre sus viviendas³², que llegarán a adquirir la propiedad de éstas en régimen de Propiedad Horizontal³³.

el régimen jurídico que utiliza para actuar. Como manifiesta puede adoptar diversas formas como la comunidad romana o simple, o la Cooperativa. Respecto de la comunidad (pág. 150), se plantean los problemas del consentimiento posterior para su división, cuestión que puede estimarse sometida a un pacto de indivisión, o impedida porque la cosa resultaría inservible para el uso a que se destina, por lo que la acción de división sería un abuso de derecho. En pág. 157 y ss. se plantea la duda de si no sería mejor entender que el régimen de Propiedad Horizontal es el aplicable desde el inicio, aunque afirma MUÑOZ que no se puede exagerar y extender la solución a algo que el legislador no contempló. Aporta la posibilidad ofrecida por algunos autores de régimen de propiedad horizontal desde el inicio, y de régimen inicial de comunidad y posterior propiedad horizontal, al que se adhiere, salvo que la Ley expresamente permitiera excluir la comunidad ordinaria. Dicha comunidad ordinaria se transforma en propiedad separada e independiente. *"El régimen de Propiedad Horizontal existe desde el principio, con plenitud de efectos que sólo se verán limitados por la existencia en formación del objeto sobre el que recae, aunque los avances parciales en la construcción se irán integrando directamente en el mismo régimen, pero que también habrá que reconocer la existencia de una comunidad previa, desde el momento que el solar fue adquirido en proindiviso y la obra nueva del edificio otorgada por todos conjuntamente."* (pág. 161).

³² Debe admitirse la instauración de una comunidad sobre lo aportado para las viviendas desde la constitución de la Cooperativa, comunidad en la que ingresa cada socio desde el momento en que adquiere la condición de tal. Esta situación se ve apoyada si admitimos que ciertos derechos que afectan a la comunidad son de nacimiento simultáneo a la adquisición de la condición de socio, derechos como la asistencia a Asambleas, propuestas, información, participación en la actividad cooperativa. Hay dudas respecto del nacimiento de los derechos económicos (aportaciones, intereses, retornos...). Los derechos y deberes de cada socio relativos a la vivienda, objeto final de la actividad cooperativa, se integran en la comunidad de derechos y obligaciones, copropiedad sobre lo aportado para su obtención, formada por todos los socios usuarios que ejercitan dicha actividad, todos los que tienen derecho a vivienda, aunque cada uno los posea en proporción a su cuota.

PAZ CANALEJO en PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULLÁ, F. "Comentarios a la Ley General de Cooperativas": dirigidos por M. ALBALADEJO y F. SÁNCHEZ CALERO, art. 29 y ss., tomo XX, vol. 2°. Edersa, Madrid 1990, pág. 160 y ss: No son de nacimiento simultáneo a la inscripción el derecho a ser elector, elegible y a formular propuestas a otros órganos.

³³ Cooperativa y comunidad de propietarios son dos entidades distintas. Así lo entiende el TS en un supuesto en que la Cooperativa, su Presidente, en nombre de la comunidad de propietarios resultante actúa frente a la empresa constructora a la que exige la reparación de defectos constructivos. En el fundamento de derecho segundo de la S. 9-4-1996 (Ar. 2911), el Alto Tribunal estima que no aparece acreditada la comparecencia de la comunidad ni la representación que se dice otorgada a la Cooperativa, *"en el caso de autos no aparece justificada, ni la condición de Presidente de la Comunidad de propietarios demandante, ni la autorización de esta comunidad para ejercitar las acciones que se postulan a su nombre, ni incluso posiblemente la constitución legal de la misma, pues esta confusión entre el objeto, naturaleza y competencia de la comunidad de propietarios, y de la Cooperativa, promotora de las edificaciones, hace suponer que se han venido ejercitando las funciones de la primera, a través de las actividades de la segunda... No es posible confundir, ni mucho menos identificar, a la Comunidad de Propietarios, y a la Cooperativa que construyó el edificio, pues su naturaleza y funciones son radicalmente distintas."* Sin embargo, en la STS 10-10-1981 (Juris. Civ. 361), considerando primero, ya se afirmaba que

La comunidad, como figura jurídica³⁴, se caracteriza por la existencia de una cotitularidad pro indiviso sobre una misma cosa o derecho, lo que implica, como afirma MIQUEL GONZALEZ³⁵, que no puede haber una comunidad sin estos requisitos, ni con la existencia de éstos se puede evitar la realidad de comunidad, como *“efecto legal automático que deriva de la cotitularidad”*, efecto legal que no tiene porqué ser perjudicial. La comunidad, sin personalidad jurídica, existe mientras dure la cotitularidad sobre el derecho, y finaliza cuando éste se divida en propiedades individuales. CAPILLA³⁶ mantiene que son elementos la unidad de objeto y la pluralidad de sujetos, que necesariamente provocan el efecto legal automático de la situación de comunidad, aunque matiza que la pluralidad de sujetos cesa cuando el ordenamiento da tratamiento unitario a ese grupo, considerándolo persona jurídica, situación que podría producirse en el caso de las Cooperativas de viviendas, pero que difiere del planteado porque la persona jurídica cooperativa no adquiere la propiedad de la “masa de gestión económica” por la que se adquiere el inmueble. PAZ-ARES³⁷, por su parte, admite la posibilidad de

Comunidad y Cooperativa no son tampoco terceros civiles en las relaciones y reclamaciones de terceros que contratan con la Cooperativa a la comunidad.

³⁴ DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, JM: *“Comunidad de bienes y empresa”*... cit, pág. 58, matiza que la comunidad no es una institución, salvo que se entienda a ésta como conjunto de reglas aplicables a una situación. *“Podría decirse que comunidad es un término de hipostatización de las normas correspondiente a la situación especial que se da cuando la propiedad u otro derecho real pertenece a varias personas.”*

³⁵ MIQUEL GONZÁLEZ, JM: *“Comentarios al Código Civil”*; art. 392 y ss, tomo I. Ministerio de Justicia, Madrid 1993. Pág. 1067. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M: *“Comentarios al Código Civil...”* art. 392 y ss... cit, pág. 5 y 442.

³⁶ CAPILLA RONCERO, F: *“Derechos reales y derecho inmobiliario registral”*. Tirant lo Blanch, Valencia 1994, pág. 364, 366 y 372: *“Igualmente, tampoco hay comunidad cuando no hay jurídicamente pluralidad de cotitulares. Eso sucede, p.ej., cuando un grupo de personas accede a la titularidad de situaciones jurídicas, pero el ordenamiento da tratamiento unitario a ese grupo, considerándolo persona jurídica. Ahí desaparece la pluralidad de sujetos, pues precisamente la atribución de personalidad jurídica al grupo persigue encajar esa situación dentro de los esquemas propios de las titularidades individuales, para las cuales está verdaderamente pensado el conjunto de la regulación de los derechos subjetivos y los deberes jurídicos privados. Así, la propiedad del local donde está instalada la empresa, objeto de una sociedad con personalidad, corresponde jurídicamente como propiedad individual a la persona jurídica social, siendo cosa ajena respecto de los socios.”*

³⁷ PAZ-ARES, C: *“Comentarios al Código Civil”*; art. 1665 a 1708, tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1993. Pág. 1311-1312, 1369 y ss: *“Está fuera de dudas que cuando la finalidad acordada es la explotación del bien con vistas a repartirse las ganancias las relaciones se rigen por la normativa de la sociedad. La disputa surge cuando la finalidad es otra, de mero uso y disfrute del bien. En este caso es cuando suele afirmarse que no hay*

que coexistan la comunidad y la sociedad, puesto que los planos de ambas instituciones son diversos, aunque sólo en los casos de sociedades internas, y no externas. El supuesto cooperativo es un ejemplo en que se unen dos fenómenos, asociativo y comunitario, por razón de su especialidad que ha provocado una defectuosa evolución de la persona jurídica, ya que en la práctica no interesa que sea absoluta.

La Cooperativa de viviendas, como persona jurídica, no ostenta en ningún momento la propiedad de la “masa de gestión económica”, por lo que no puede negarse que existe una comunidad formada por los socios cooperativistas, temporal, pro indiviso, sobre el dinero aportado para la construcción de viviendas, que por el contrato de obra se transforma y transmite al constructor a cambio del edificio correspondiente.

La comunidad de socios sobre lo aportado, la “masa de gestión económica”, es quien obtiene la propiedad de lo construido y se sirve de la persona jurídica cooperativa, no pudiendo admitirse, según MUÑOZ DE DIOS³⁸, que construyan individualmente cada

sociedad, sino comunidad. Y ahí es donde está el error... En el plano de la titularidad hay ciertamente comunidad. Pero en el plano obligatorio - este es el verdadero problema - hay contrato, un contrato que aplaza la aplicación de las normas de la comunidad reguladoras de las relaciones entre los cotitulares... La comunidad es un fenómeno que necesariamente tiene un sustrato real, pero en el ámbito obligatorio puede coexistir con la sociedad. La sociedad es un fenómeno que tiene un sustrato necesariamente obligatorio, pero en el ámbito real puede coexistir con la comunidad... La distinción entre sociedad y comunidad sólo es problemática allí donde ambas figuras pueden coexistir, es decir, en los casos en que el contrato de sociedad configura una sociedad interna. Si el contrato ha dado lugar a una sociedad externa los fenómenos de comunidad y sociedad son incompatibles... Los verdaderos problemas de delimitación se plantean en el ámbito de las sociedades internas, pues en tales casos los fenómenos de sociedad y comunidad son efectivamente compatibles. Entonces, más que distinguir, hay que separar lo que pertenece a cada figura. En el plano de la titularidad, es claro que hay comunidad. En el plano obligatorio es donde surgen los problemas, que en definitiva consisten en determinar si la relación obligatoria que se establece entre los comuneros es una relación obligatoria contractual (sociedad) o una relación obligatoria legal (comunidad)... De lo que se trata es de determinar con mayor precisión a la insinuada hasta ahora las normas que rigen la sociedad y las normas que rigen la comunidad cuando ambos fenómenos se solapan... las normas de la comunidad sólo rigen el "sustrato material o fondo común" de la sociedad... el segundo grupo de normas, que es el que estructura la titularidad sobre el patrimonio común atribuyendo a cada socio/comunero un derecho real autónomo sobre una cuota del derecho común... En materia de gestión rigen las normas de la sociedad."

³⁸ MUÑOZ DE DIOS, G: “Aportación de solar y construcción en comunidad”... cit, pág. 162 y ss. Según el autor, la comunidad inicial que dio paso al régimen de Propiedad Horizontal se encuentra unida a esta segunda comunidad, la constructora, “que haya nacido expresamente para la construcción o que sea la residual que quedó de la comunidad primitiva cuando se constituyó el régimen de propiedad horizontal ab initio transformándose las cuotas en pisos singulares, la cual va sin patrimonio, continúa teniendo su propia vida, pero en todo caso sometida a plazo - cierto en cuanto que se ha de extinguir, pero incierto en cuanto al cuándo-

uno de los copropietarios. Lo anterior, al margen de que de forma ficticia se establezcan las cuotas y pisos singulares al inicio o durante la construcción (y con ello el régimen de Propiedad Horizontal), por la voluntad demostrada de construir en comunidad. Según este mismo autor, se distinguen dos comunidades, la comunidad de tipo dinámico, encuadrable en las de tipo asociativo, que es la constructora, y va unida a la comunidad primitiva transformada en Propiedad Horizontal. En el supuesto cooperativo, la comunidad constructora es la persona jurídica Cooperativa, y la comunidad ordinaria primitiva, formada por los socios, es la que recae sobre la masa de gestión económica y permanece hasta la finalización de las obras e individualización de las viviendas, momento en que es sustituida por el régimen de Propiedad Horizontal, que se aplica efectivamente desde que el primer socio adquiere la propiedad de su vivienda, mediante la adjudicación. Sobre esta misma cuestión, DE LA CÁMARA no admite la existencia de dos comunidades, de construcción y de PH, y estima que la comunidad nace desde el inicio como comunidad en PH, aunque las relaciones que derivan de la liquidación de la

que es el tiempo necesario para la construcción. Es posible que ni siquiera los comuneros observen la existencia de estas dos comunidades, porque quizá tengan una única unidad contable, pero si judicialmente intentamos cobrar las aportaciones para pago de la construcción, no estará legitimado el presidente de la Comunidad de Propietarios Horizontal porque excede de lo que permite la Ley especial, sino los propios órganos rectores de esa comunidad constructora si los tiene, o todos los copropietarios conjuntamente, mientras que será sólo aquel presidente el legitimado para tratar de obtener judicialmente el cobro de los gastos de comunidad que ya se pudieran ir produciendo, fundamentalmente en las fases finales de construcción cuando ya es utilizable alguna parte del edificio, como por ejemplo el garaje. En consecuencia, coexisten dos comunidades hasta la terminación de la construcción: la dinámica, que en forma automática dejará de existir activamente y entrará en período de liquidación en el momento en que se concluya la edificación, la cual no tiene patrimonio propiamente dicho y sólo administra las aportaciones de los comuneros para invertir en la obra, y la especial de Propiedad Horizontal, la cual tiene su plenitud de efectos jurídicos desde su nacimiento, solamente limitados (como antes indicábamos) por la existencia parcial de su objeto en la realidad física, la que a medida que va creciendo la edificación se va extendiendo a ella la comunidad... Todo esto nos prueba que la adscripción ab initio de los pisos y locales no desvincula inicial y totalmente a los copropietarios, sino que existía una comunidad y sigue produciendo sus efectos durante todo el período que transcurra hasta la terminación de la obra, como plazo final, y por tanto como conclusión tenemos que aceptar que en esta figura especial de la comunidad todo se desarrolla igual que en la ordinaria, con la diferencia importante de que no se requerirá nuevo consentimiento al concluir la edificación, para el acto especificativo, y que coexistirán la comunidad ordinaria y la especial de Propiedad Horizontal, todo ello por esa generosidad legal de permitir considerar el edificio concluido a efectos legales cuando se inicia la construcción..."

obra “deban ventilarse exclusivamente entre los autopromotores”³⁹. Se cita como especialmente importante la STS de 2-4-1971⁴⁰, que distingue claramente la comunidad

³⁹ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M: “La insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal”... cit, pág. 126 y ss: Afirma el autor que se otorgue el título constitutivo de PH al inicio de la obra, con objeto de obtener el préstamo hipotecario, o al final de ésta, “Creo que si el edificio y los pisos están definidos con determinación de sus respectivos adjudicatarios, la intención de los contratantes está clara, en el sentido de que cada uno devendrá propietario de su piso a medida que el edificio se vaya construyendo, cosa posible, según antes se ha dicho. La constitución de una comunidad ordinaria, aunque se rija por pactos especiales, al amparo de lo dispuesto por el artículo 1392 del CC, exigirá siempre un acto de división o cesación del proindiviso, aunque esté predeterminada la forma en que han de realizarse las adjudicaciones, lo que no sólo no concuerda con la voluntad real de los interesados, sino que, como ya he denunciado anteriormente, ésta es una forma poco práctica de articular las relaciones entre los copropietarios. Los documentos que formalizan el reglamento de la comunidad durante la obra no suelen establecer con claridad cuál es el tipo de comunidad que existe mientras el edificio se construye, y quizá ello haya dado lugar a que el Tribunal Supremo, al menos en una ocasión (sentencia de 2 de abril de 1971) haya entendido, erróneamente a mi juicio, que en presencia de una comunidad de constructores hay que distinguir dos comunidades distintas: la comunidad para la construcción y la comunidad en régimen de PH, que sólo nace cuando el título se otorga. Esta tesis, que, por otra parte, no se compadece muy bien con lo que el propio Alto Tribunal ha dicho en otras ocasiones, según se ha recordado, sobre el valor del título constitutivo, no me parece aceptable. La comunidad, aunque cambia de signo después de concluida la obra, nace o puede nacer, desde el principio como comunidad en PH. Lo que no obsta, claro es, a que las relaciones dimanantes de la liquidación de la obra deban ventilarse exclusivamente entre los autopromotores.”

⁴⁰ STS 2-4-1971 (Ar. 1565): Considerandos de la primera sentencia. El supuesto es de construcción en comunidad de un complejo urbanístico y su posterior división en PH, con reclamación a alguno de los comuneros de cantidades adeudadas y no abonadas respecto del precio cierto de su apartamento. Los comuneros se niegan a pagar por alegar que el precio era cierto, y que el presidente de la entidad promotora no tiene legitimación para reclamar, por existir ya una comunidad de propietarios. Se admite la reclamación del presidente de la entidad promotora no liquidada por impago de deudas, deudas que corresponden a cada sujeto como contribución a su cuota indivisa en la comunidad de construcción inicial. Además, la comunidad de construcción no puede identificarse a estos efectos con la PH: “Cualquiera que sea la calificación que se dé a la figura jurídica creada por el repetido convenio de 7-6-1965 (comunidad para la construcción), ha de estimarse como comunidad de bienes, regulada por los arts. 392 y siguientes del Código, pues se dan en dicho convenio los requisitos del 392, pluralidad de sujetos, unidad en el objeto y atribución de cuotas, constituyendo tal convenio al caso típico, de la copropiedad o concurso de varios derechos de propiedad pertenecientes a varios titulares, estando dividida la cosa común, no en partes físicas determinadas, sino en partes ideales llamadas cuotas, que constituyen el objeto del derecho de cada condómino, rigiéndose en primer lugar por las normas de su constitución y de modo supletorio por los arts. 392 y siguientes del Código... Que a diferencia de la Comunidad antes reseñada, la Ley de 21-7-1960, que estableció el Régimen de Propiedad Horizontal, constituyó una institución de carácter complejo... institución jurídica singular e independiente...”

Que siendo por cuanto anteriormente se dice, dos instituciones jurídicas distintas, la Comunidad para la construcción del Complejo Urbanístico “la Rotonda” y la comunidad de propietarios de dicho complejo ya construido, con finalidades distintas, construir en comunidad y liquidada prorata en la primera y administrar lo construido en la segunda, con arreglo a la Ley de Propiedad Horizontal, no es posible estimar como hace la sentencia recurrida, que la declaración de obra nueva y constitución de la Propiedad Horizontal, anule y deje sin efecto la primitiva Comunidad, constituida a efectos distintos y no liquidada; al amparo de la cual y para su liquidación actúa el actor, copropietario en dicha Comunidad, administrador de la misma, autorizado por su Gerencia y por más de la mitad de los comuneros, por lo que se impone estimar, que como tal comunero por sí, está legitimado para actuar en beneficio de la Comunidad, y por cuanto hace a la representación por la autorización concedida por los condóminos... Los apartamentos no fueron comprados por precio cierto, si no que cada partícipe se obligó a contribuir a los gastos, con arreglo a su cuota indivisa... toda vez que la calificación de la sentencia recurrida a la Comunidad formada para construir, de solo acto preparatorio de la Propiedad Horizontal, no puede aceptarse por las razones aducidas en anteriores considerandos, y por ello tal Comunidad no puede reputarse extinguida, por la formación de la segunda, hasta la completa liquidación de los derechos que originó, pues la primera forma de extinción de las obligaciones, es su cumplimiento, art. 156 y si en el documento de 7-6-1965 y después en la escritura de 8-11-1966, se constituyó la Comunidad para construir y se estableció un contenido obligacional, cuyo cumplimiento ahora se reclama, no puede negarse, que hasta

de construcción como comunidad de bienes, de la Propiedad Horizontal, institución sui generis --en ella, el Tribunal admite que ambas coexistan si no se ha liquidado la de construcción, puesto que son distintas; aunque generalmente, al ser sucesivas, se tiende a su identificación sin reparar en que son dos instituciones diferentes--.

En el caso cooperativo, la comunidad a la que nos referimos es la llamada residual de la comunidad primitiva, y ello porque el legislador no ha querido aplicar al supuesto de Cooperativas de viviendas el régimen de Propiedad Horizontal desde el inicio, sino el específicamente cooperativo, y esta es la voluntad de los promotores y socios al ingresar en la Cooperativa. No puede admitirse, como veremos más adelante, que dicha comunidad sea, desde el inicio, un supuesto de prehorizontalidad, y ello porque la teoría y práctica cooperativa no lo entiende así, ni tampoco su regulación. Esta comunidad sobre el patrimonio aportado para la construcción de viviendas desaparece cuando concluye la edificación convirtiéndose por división en Propiedad Horizontal, con aplicación del régimen de ésta desde entonces; tiene su origen en la Cooperativa, que ejercita la actividad de representación, construcción y gestión frente a terceros, y su legislación específica es aplicable hasta la adjudicación de las viviendas, como así indica MUÑOZ DE DIOS⁴¹ y, añadimos nosotros, completada con las normas que sea preciso.

que por el cumplimiento completo de las obligaciones pactadas y de las legales que de ellos se derivan, no está liquidada la comunidad, no puede estimarse extinguida."

⁴¹ MUÑOZ DE DIOS, G: "Posibles formas empresariales en la Propiedad Horizontal". R.C.D.I. 553. 1982, pág. 1527 y ss: "En definitiva, la legislación de cooperación regularía la promoción, construcción y adjudicación de las viviendas, así como las relaciones antes de dicha adjudicación en plena propiedad en el uso y aprovechamiento de los pisos y locales, y el mantenimiento, conservación, administración y disciplina en general interna y representación frente a terceros de las zonas comunes e instalaciones generales, entrando a regir la Ley de Propiedad Horizontal sólo en los edificios aislados y desde que se adjudican en plena propiedad las viviendas."

Hemos de admitir los principios del régimen positivo de la comunidad que BELTRÁN DE HEREDIA⁴² recoge: igualdad, libertad individual, democracia, intangibilidad del derecho individual del copropietario; que deben matizarse por el factor social cooperativo, que comprende la función social y el elemento de organización de la comunidad sobre la “masa de gestión económica”. Dentro de las clases de comunidad que ofrece⁴³, la comunidad que estamos analizando sería de tipo originario, y no está claro si es incidental o convencional⁴⁴, aunque podría ser mixta, lo que, según MORENO TRUJILLO afecta no sólo a sus circunstancias sino también a las normas que las regulan, legales o pactadas –pensamos que en cualquier caso se acudirá al negocio jurídico o pacto y supletoriamente a la Ley-. Respecto a la distinción entre comunidad ordinaria o forzosa, según se recurra a la división o ésta venga impedida por la naturaleza de las cosas acudiendo a procedimiento sustitutivos, se divide mediante la constitución del régimen de PH.

⁴² BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J: “La comunidad de bienes”... cit, pág. 175 y ss.

⁴³ BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J: “La comunidad de bienes”... cit, pág. 184 y ss.

⁴⁴ Como también afirma SEGURA ZURBANO, J.M: “Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa”... cit, pág. 20, la distinción entre las comunidades convencionales e incidentales está teniendo actualmente un gran desarrollo. Al margen de la posición que se admita sobre su admisión o no, lo que sí está claro es que cuando se produce la pertenencia “*pro indiviso a varias personas, surge la comunidad, se quiera o no se quiera.*”

Podría considerarse incidental, porque no hay voluntad de constituir la comunidad aunque exista cierta voluntariedad en los sujetos respecto al deseo de adquirir la vivienda. Dentro de éstas podría incluirse en las comunidades que “*no es directamente buscada, sino una consecuencia inherente al fin que específicamente pretende conseguir, y que es aceptado*”. Así se manifiesta la doctrina aceptada por MORENO TRUJILLO, E: “La indivisión voluntaria en las comunidades de bienes”... cit, pág. 65 y ss. El supuesto cooperativo es un caso mixto de comunidad incidental y voluntaria, porque la inserción en la Cooperativa es voluntaria, y hay voluntad de aportar cantidades en común, aunque no hay voluntad específica de constituir una comunidad, sólo la hay de ingresar en la Cooperativa. Además, la LGC, con su regulación, favorece la existencia de esta comunidad. Sin embargo, parece claro que los socios, al margen de saber o no que constituyen una comunidad, tienen voluntad de poner en común para el logro del fin perseguido. Hablaríamos entonces de comunidad convencional, sujeta a un pacto de indivisión o a una división bajo condición suspensiva.

2.3.1.Regulación aplicable: normas cooperativas, y supletoriamente la regulación civil de la comunidad.

La regulación de la comunidad de bienes es antigua y goza de algunos inconvenientes derivados de no ser una persona jurídica, por lo que su admisión no es precisamente una opción moderna y actual. Sin embargo, tiene a su favor que en algunas ocasiones es preferible acudir a figuras existentes y reguladas, con arraigo suficiente, que plantearse a priori la naturaleza "sui generis" de la Cooperativa de viviendas y la independencia del cooperativismo como rama jurídica, lo que más que favorecer, dificulta su uso y comprensión.

Además, si se admite la existencia de la comunidad, su regulación tendría principalmente efectos internos entre los socios, sobre la "masa de gestión económica" y la adquisición de la propiedad de las viviendas. Se añade a lo anterior que, incluso respecto de los sujetos, objeto, cuotas, duración, efectos, inicio y extinción de la comunidad... la aplicación de las normas de la comunidad de bienes del CC es supletoria de las específicas de la figura cooperativa, que afecten y puedan referirse o aplicarse a esta situación, por lo que sólo se producirá la aplicación de algunas normas de la comunidad de bienes, copropiedad, respecto de los aspectos internos citados. Así, el propio artículo 392⁴⁵ del CC prevé que las normas de la comunidad de bienes reguladas en el mismo se

⁴⁵ "Art. 392. ... A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título." MIQUEL GONZÁLEZ, JM: "Comentarios al Código Civil": art. 392 y ss, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1993. Pág. 1071-2: "El art. 392 II más bien contribuye a delimitar negativamente el supuesto de hecho de las reglas de la comunidad, en el sentido de que su aplicación está condicionada a que no exista un contrato de sociedad en el origen de la comunidad." Posteriormente este autor matiza la aplicación de las reglas de la comunidad de bienes, aplicación que depende de si se constituye por un contrato de sociedad, en cuyo caso se aplican las normas de éste, o por un contrato de sociedad sin personalidad jurídica, aplicándose las normas de la comunidad de bienes, o, en último caso, "Las comunidades regidas por disposiciones especiales parece que se rigen supletoriamente por las disposiciones del título de la comunidad." Este último sería el caso de las Cooperativas de viviendas que se rigen por las normas cooperativas específicas, por ello a la comunidad de los socios se aplican las propias normas cooperativas, y en defecto de éstas las disposiciones de la comunidad de bienes del CC. Sin embargo, este autor estima que algunas normas de la comunidad de bienes son imperativas, entre otros los artículos 400, 403, 405 y 399, y no lo son el 393 y 395 (cuotas, beneficios y cargas). Son

apliquen en defecto de contratos o disposiciones especiales, es decir, del negocio de constitución de la Cooperativa y sus Estatutos en cada caso, así como de la LC u otras normas autonómicas en defecto de lo anterior; y sólo en algún aspecto como derecho imperativo. Sólo ante la inexistencia de las normas anteriores, serían aplicables las del CC sobre la comunidad de bienes, además de las imperativas o esenciales a la figura comunitaria.

En relación con la administración de la comunidad y de la Cooperativa, hay que destacar la existencia de normas específicas legales y estatutarias sobre los órganos cooperativos, nombramiento y facultades, y principios cooperativos, como el de “un hombre, un voto” matizado por el art. 16.2 de la LC que ofrece la posibilidad del voto plural, que evitarán el recurso a las reglas comunitarias. En las Cooperativas de viviendas⁴⁶ se tiene en cuenta a la comunidad a efectos del régimen de copropiedad temporal durante la construcción, el derecho de cada socio, su cuota y los beneficios y gastos que le corresponden, y a la cooperativa en materia de organización interna de ésta y de la comunidad en las distintas fases que se suceden, así como respecto de la representación frente a terceros.

En los aspectos internos de la copropiedad no plantea problemas, en orden a la aplicación de las normas comunitarias en defecto de las cooperativas, que la comunidad

imperativas por tanto, según MIQUEL las normas relativas a la transmisión de la cuota, la división de la comunidad y sus efectos sobre partícipes y terceros, así como los derechos de los acreedores de los partícipes.

Otros autores como DIEZ PICAZO, L. GULLÓN BALLESTEROS, A: “Sistema de Derecho Civil” vol. III... *cit*, pág. 83, consideran que el art. 398 también es imperativo, aunque se pueden pactar mayorías distintas o incluso unanimidad.

CAPILLA RONCERO, F: “Derechos reales y derecho inmobiliario registral”... *cit*, pág. 380, también se muestra a favor de la imperatividad de los artículos 398.3, 399, 400, 403 y 405.

BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J: “La comunidad de bienes”... *cit*, pág. 193 y ss, afirma que son inderogables los artículos 398.3, 395, 400.2º y párrafo segundo del 1º.

⁴⁶ A diferencia de lo que mantiene MIQUEL, según el cual en caso de pacto o contrato previo a la comunidad se estima la aplicación supletoria de la comunidad respecto de los aspectos externos, transmisibilidad de los bienes y de la sociedad en los internos, aunque en el supuesto al que se refiere este autor, el objeto de la comunidad y la

se encuentre afecta a la Cooperativa, persona jurídica; porque no nos encontramos en el caso de sociedades sin personalidad jurídica en las que los derechos de los socios constituyen una comunidad societaria, a las cuales no se aplican las normas de la comunidad⁴⁷, sino en otro supuesto distinto, en que la comunidad inserta en la Cooperativa no se confunde con ésta.

Aunque desde el punto de vista estático, de la comunidad, y dinámico, de la sociedad, ambas deben diferenciarse⁴⁸ porque en la segunda la puesta en común de bienes tiene como fin la obtención de un beneficio y no la mera conservación y aprovechamiento de la comunidad, esta distinción no afecta al supuesto cooperativo. En las Cooperativas de viviendas deben distinguirse⁴⁹ la Cooperativa, como entidad en la que los socios ingresan y contribuyen con aportaciones obligatorias aunque simbólicas, de la comunidad sobre la masa de gestión económica, separada de la Cooperativa, patrimonialmente hablando, y de los propios socios. Las aportaciones de los socios para la obtención de las viviendas, se realizan con el fin de su transformación en viviendas y, por supuesto, su conservación, sin que los cooperativistas pretendan obtener una ganancia sino una vivienda con las condiciones y calidades deseadas. La pretensión de aplicar de forma absoluta las normas societarias a esta comunidad no contribuiría a solucionar los problemas de este tipo de Cooperativas, porque nos llevaría a la misma situación en que nos encontramos, normas cooperativas generales basadas en la regulación de SA, que no tienen en cuenta la

sociedad se identifican: MIQUEL GONZÁLEZ, J.M: "*Comentarios al Código Civil...*" art. 392 y ss... *cit*, pág. 56 y 438.

⁴⁷ CAPILLA RONCERO, F: "Derechos reales y derecho inmobiliario registral"... *cit*, pág. 376-7.

⁴⁸ ALBALADEJO, M: "Derecho Civil III". Vol. 2º... *cit*, pág. 393.

⁴⁹ Es perfectamente posible, y más lógico, diferenciar ambas figuras, al menos teóricamente, aunque se admita la primacía de las normas cooperativas, que se aplican a la comunidad en muchas cuestiones como administración, representación, y afectan al origen, evolución y extinción de la comunidad..., reservándose las normas comunitarias, supletorias, para los aspectos jurídicos internos que se producen entre los socios con derecho a

especialidad de las clases de cooperativas, y en las de viviendas la especial adquisición de las viviendas por los socios. Pese a que la aplicación de las normas de la comunidad sea residual y genérica, es interesante tenerlas en cuenta como realidad en que se basa la “masa de gestión económica”.

2.3.2. Funciones de la comunidad.

La comunidad en sentido estricto tiene como fin el uso y disfrute de las cosas comunes - según dispone el art. 394 del CC- lo que no se cumple en el supuesto cooperativo en que no hay derecho de goce sobre el objeto, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, refiriéndonos al supuesto de propiedad individual. De no admitir este carácter, quedaría relegada a un segundo lugar la función tradicional de la comunidad. Sin embargo, no hay que olvidar que el propio CC prevé, en el mismo artículo, el uso “*conforme a su destino y cuando no perjudique el interés de la comunidad*”⁵⁰, uso que podría quedar excluido por perjuicio en las Cooperativas de viviendas. Además del argumento anterior que excluye el derecho de uso perjudicial de los partícipes sobre la cosa común, y en defecto de éste, debe añadirse que esta norma dispositiva puede ser sustituida por pacto o Ley especial, como podría ser el caso cooperativo. En este sentido, el art. 52.3 de la LC -art. 81.2 LGC- prevé la sujeción de los bienes entregados para la gestión cooperativa a las condiciones fijadas y contratadas con la Cooperativa, y el art. 89.3 LC -129.3 LGC-,

vivienda, especialmente la situación de copropiedad temporal y la posterior adquisición individual de la propiedad de las viviendas por éstos.

⁵⁰ BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J: “La comunidad de bienes”... cit, pág. 231 y ss. Según Beltrán, el uso y disfrute de la cosa común (uso directo conjunto o por turnos y obtención de frutos y utilidades naturales y económicos) vienen limitados por el destino de la cosa, su conservación, tanto natural, como según lo previsto por las partes o el tráfico jurídico; y por el respeto al derecho de los demás, al interés de la comunidad. En el supuesto cooperativo, en la copropiedad, el uso viene impedido por el propio destino de la cosa, la construcción y obtención de las viviendas, y el respeto al derecho de los demás, y además porque las normas cooperativas prevén que las aportaciones queden sujetas a las especiales condiciones fijadas. El disfrute u obtención de utilidades o incrementos económicos, como sería los intereses obtenidos en la masa de gestión económica, son propiedad de la comunidad, de los socios, y como tal se entiende sometidos a los límites previstos en la LGC.

específico de Cooperativas de viviendas, se refiere a la atribución de la propiedad de las viviendas o de su uso y disfrute a los socios cooperativos, antes de lo cual no es posible que los socios las utilicen ni como partícipes de la comunidad sobre la masa de gestión económica, ni como futuros propietarios. Sin embargo, puesto que este criterio de prohibición del uso y disfrute de la cosa común es restrictivo, y no encuentra reflejo expreso en la norma cooperativa, considero preferible estimar la ausencia del derecho de uso y disfrute por ser perjudicial para la cosa común, sobre la base del citado art. 394 del CC.

La comunidad sobre la masa de gestión económica sería de tipo interno, entre los socios usuarios que ingresan en ella con la finalidad principal de contribuir a la obtención del fin común de los socios, la vivienda, en mejores condiciones que las que tendrían individualmente cada uno de ellos.

2.3.3. Defensa de los intereses de la comunidad.

Respecto de la facultad concedida por la jurisprudencia⁵¹ a los comuneros, de ejercitar o comparecer en juicio que afecte a los derechos de la comunidad, favoreciendo y nunca perjudicando al resto de los comuneros, ésta podría ser aplicable a los cooperativistas. Sin embargo, la comunidad que surge unida a la Cooperativa es diferente, porque los socios otorgan la representación de la comunidad a la propia Cooperativa⁵², y la administración de sus intereses a ésta o a una empresa gestora independiente, excluyendo

Ésta sería la base del retorno cooperativo o excedente, repercutiendo sobre los socios los gastos derivados de la construcción de las viviendas, y las posibles pérdidas o excedentes que se produzcan.

⁵¹ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M: "Comentarios al Código Civil..."art. 392 y ss... *cit*, pág. 82. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M: "Comentarios al Código Civil": art. 392 y ss, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1993. Pág. 1077. DIEZ PICAZO, L; GULLÓN BALLESTEROS, A: "Sistema de Derecho Civil" vol. III... *cit*, pág. 85.

⁵² Ver nota a pie 239 del capítulo III, en relación a la eficacia de la representación que afecta, entre otras, a esta cuestión.

la posibilidad de que ellos, comuneros, actúen frente a terceros, principalmente porque no les interesa actuar individualmente, porque persiguen lograr los beneficios de la actuación conjunta en todas las cuestiones que sea posible, y por la eficacia analizada de la representación indirecta respecto del representado y representante, distinta según los momentos en que se encuentren. Por todo lo cual, hasta que se produzca la transmisión de la propiedad de las viviendas, e incluso después si la Cooperativa no se ha extinguido, es ésta la que representa los intereses individuales de los socios frente a terceros, en base a los contratos concluidos con ellos o por cuestiones extracontractuales. Desde la adquisición de la propiedad de las viviendas por los socios, éstos⁵³ pueden ejercitar sus derechos frente a terceros, los derivados de la propiedad de su vivienda, individualmente o como comunidad de propietarios⁵⁴. En este sentido, la defensa de los intereses de la comunidad se ve afectada también por los dos momentos de eficacia de la representación; inicialmente la defensa corresponde a la Cooperativa, y posteriormente a los socios adquirentes, individualmente o como comunidad de propietarios, conservando la Cooperativa la posibilidad de actuar en calidad de contratante con terceros. El ejercicio de la defensa judicial por cualquiera de los partícipes revierte en beneficio e interés del resto.

2.3.4. Duración.

La comunidad o copropiedad de los socios sobre la “masa de gestión económica” tiene su origen e inicio en el momento de constitución de la Cooperativa, aunque cada socio se adhiera a ella en el instante de inscripción; y continúa y existe como tal hasta el momento de efectiva división del edificio común en viviendas, con la concreción e individualización

⁵³Como así ocurre en los casos de ruina, nota a pie 239 y 240 del capítulo III.

⁵⁴Con relación a este tema puede verse la nota a pie 243 del capítulo III.

de éstas. El inicio suele coincidir con el de la propia Cooperativa, a la que se adhieren los socios mediante su inscripción aportando las cantidades a las que están obligados -y es desde que se produce dicha aportación o se adquiere algún bien en común cuando surge la comunidad-. Generalmente en este momento también se prevé su división o fin, aunque los efectos del mismo se suspenden o posponen al momento en que concurran todos los elementos fácticos del régimen de Propiedad Horizontal. La división de la comunidad surte efectos cuando el edificio terminado, objeto de propiedad horizontal, es adquirido por los socios -entrega de la obra por el constructor a la Cooperativa como representante-, adjudicándose a cada uno de ellos la vivienda concreta que le corresponde, adjudicación entendida como declaración de reconocimiento privada, y posteriormente pública, del derecho de propiedad de cada socio sobre su vivienda concreta, que se une a la entrega de la misma.

La duración de la comunidad no coincide necesariamente con la duración de la Cooperativa, por razones obvias. La Cooperativa puede liquidarse o no tras la adjudicación de las viviendas, según la voluntad de los socios -en defecto de ella continua como hasta entonces-, y dedicarse posteriormente a la administración de los inmuebles o incluso de la urbanización entera como cooperativa administradora, o a la generación de servicios o actividades complementarias derivados en beneficio de los socios usuarios, o a la promoción de otras fases cooperativas. Con relación a la administración de las viviendas, aunque el art. 89.1 de la LC -art. 129.1 LGC- permite que la Cooperativa administre y conserve las viviendas, no parece que esté considerando la sustitución del régimen de comunidad de propietarios en propiedad horizontal por una administración en manos de la Cooperativa, teniendo en cuenta además la imperatividad

del régimen de Propiedad Horizontal⁵⁵, extendido y suficiente, sino que se refiere más bien a la realización de algunas funciones de administración por la Cooperativa.

2.3.5. Sujetos.

Los sujetos que forman parte de la comunidad son los socios usuarios⁵⁶ con derecho a vivienda, con participación en la actividad cooperativa. Estos socios no tienen por qué coincidir, aunque en la mayoría de los casos sea así, con todos los integrantes de la Cooperativa como persona jurídica -compuesta también por colaboradores y socios de trabajo-.

Pueden ser socios usuarios, es decir socios con opción a alojamiento o vivienda, tanto las personas físicas como las jurídicas públicas sin ánimo de lucro⁵⁷.

2.3.6. Objeto.

La comunidad precisa un objeto homogéneo, el derecho de propiedad sobre una cosa o un conjunto de ellas a favor de los partícipes en forma de cuotas. La comunidad sobre la "masa de gestión económica" surge respecto del derecho de propiedad sobre la cuantía aportada por los socios, y lo que se adquiere con este dinero, lo que puede convertir su

⁵⁵ MIQUEL GONZÁLEZ, JM: "Comentarios al Código Civil": art. 392 y ss, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1993. Pág. 1085.

En este sentido se manifiesta, en general MUÑOZ DE DIOS, G: "*Aportación de solar y construcción en comunidad*"... cit, pág. 37: "*si se trata de los copropietarios autopromotores, no cabe la menor duda que existe comunidad, con más o menos especialidades según los pactos, e independientemente del problema que veremos en su momento de si con la Propiedad Horizontal ab initio coexiste también la ordinaria*".

En pág. 186 y ss manifiesta que la Cooperativa puede ejercer de administradora de la Propiedad Horizontal en los casos en que se realicen actividades complementarias a ésta: construcción de otros servicios..., o en aquellos casos de varios edificios sometidos al régimen de Propiedad Horizontal, que constituyan una urbanización sometida a la legislación cooperativa, pues se construyeron como Cooperativa, y ésta permanece todavía. No parece que pueda ejercer la administración de las viviendas en sustitución del régimen de Propiedad Horizontal, por el carácter imperativo de éste.

⁵⁶ Ver nota a pie 110 del capítulo III.

⁵⁷ El art. 89.1 de la LC se refiere a las personas físicas, los entes públicos y las entidades sin ánimo de lucro que precisen alojamiento para sí o para las personas dependientes de ellos. El artículo 129 LG se refería a personas físicas, entes públicos y cooperativas y entidades sin ánimo de lucro mercantil.

objeto en una masa patrimonial bajo una titularidad colectiva⁵⁸. Por la evolución de la comunidad se entiende que se trata de una unidad ideal⁵⁹, una universalidad, como modo de considerar una unidad de cosas, que se adquieren sucesivamente⁶⁰ -dinero, solar, materiales y edificio en construcción-.

Con relación al objeto puede objetarse, a priori, como argumento en contra de la comunidad, que no está claro que exista una comunidad previa a la propiedad concreta de los socios sobre su vivienda⁶¹, en aquellos casos en que la concreción de la vivienda se produzca desde el ingreso en la Cooperativa. Sin embargo, esta duda aparente no es tal en realidad ya que no podemos olvidar que la concreción, aunque se establezca en el momento inicial, es ficticia, y la contraprestación, el precio, dependerá del coste total de las viviendas, coste que no se conoce hasta que no finaliza la construcción. Por ello, el obstáculo inicialmente planteado no lo es, y aunque la publicidad cooperativa –engañosa⁶²- lleve a creer que se trata de viviendas concretas y determinadas, la realidad jurídica y práctica de las mismas responde a la indeterminación inicial, con una individualización sujeta posteriormente a fórmulas equitativas -orden de inscripción o sorteo-, sin necesidad de modificación del negocio jurídico de constitución. Hasta el

⁵⁸ DIEZ PICAZO, I: “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”. Tomo III. Civitas, Madrid 1995, pág. 902 y 918. La comunidad reúne una universalidad de cosas: BELTRAN DE HEREDIA CASTAÑO, J: “La comunidad de bienes”... *cit.*, pág. 186.

⁵⁹ NÚÑEZ IGLESIAS, A: “Comunidad e indivisibilidad” ... *cit.*, pág. 68.

⁶⁰ TRUJILLO CALZADO, MI: “La constitución convencional de comunidades”. Bosch, Barcelona 1994, pág. 143 y ss: La autora afirma, en relación al contrato de comunicación de bienes y su objeto que, respecto del dinero como objeto de copropiedad, se admite con carácter exclusivo o unido a otros bienes, como el solar en el caso cooperativo. La aportación de dinero debe realizarse para su integración en la comunidad, recibiendo como contraprestación una cuota de la comunidad. Mantiene, además, que no es posible que el objeto de la comunidad sea exclusivamente el dinero, susceptible de individualización por esencia (ello es dudoso en el caso cooperativo, porque su cuantía y la cuota correspondiente no se conocen hasta el final). El solar es adquirido en comunidad, previamente constituida, o puede haber sido adquirido antes, o reservado, y su adquisición es ratificada posteriormente. Pueden constituir objeto de la comunidad bienes que todavía no pertenezcan a la misma, y vayan a ser adquiridos.

⁶¹ MIQUEL GONZÁLEZ, JM: “Comentarios al Código Civil”: art. 392 y ss, tomo I. Ministerio de Justicia, Madrid 1993. Pág. 1067.

momento de individualización, la cuota de cada socio es indeterminada, indeterminación que no sólo afecta a la vivienda, sino también al desconocimiento del precio final de ésta, del valor de éstas, sujeto al coste real de la obra -el pago o precio de la vivienda, respecto del cual se ofrece un anticipo sobre el precio provisional, queda sujeto al precio real, que será conocido en el momento de finalización de la obra⁶³-. Estas circunstancias nos llevan a pensar que el derecho del socio a una vivienda, documentado de forma privada en el llamado “contrato de adjudicación” –en el momento de ingreso en la Cooperativa-, no es un derecho sobre la vivienda concreta cuyo coste es ya conocido, sino un derecho a la parte ideal, alícuota que le corresponda en virtud de la participación

⁶² Ver nota a pie 13.

⁶³ FAJARDO GARCÍA, G: “La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios”... cit, pág. 83. La autora hace referencia a las especialidades del deber de participar en las Cooperativas de viviendas: “En las Cooperativas de viviendas, la obligación de cooperar no se aprecia tanto en cuanto obligación de adquirir, como en cuanto obligación de pagar lo adquirido... El problema que plantean las Cooperativas de viviendas y que es el núcleo del deber de cooperación del socio es el pago del coste de la vivienda, porque no es un pago al contado... El deber de cooperar del socio de esta cooperativas consiste, pues, en pagar el precio de la vivienda en la cuantía, plazos y modalidades que se han estipulado con la Cooperativa. Otro problema conexo a éste es el de la determinación final del valor de la vivienda. Con independencia de que posteriormente tratemos este tema, podemos adelantar que el precio final de los pisos no se conoce (normalmente) hasta que no ha finalizado la construcción de las viviendas; por ello el socio al ingresar en una cooperativa de viviendas acepta un precio provisional que la Cooperativa le ofrece, y se compromete a aceptar las posibles variaciones del mismo que sean justificables. En definitiva, y sin perjuicio de tratar más detalladamente este problema más adelante, el socio está obligado –salvo pacto en contrario– a pagar el precio real de su piso, que no conocerá normalmente hasta la finalización de la obra, pero de momento tendrá que ir desembolsando, en las fechas previstas, las cantidades acordadas con la Cooperativa... El coste de la vivienda, en cambio, tiene la naturaleza de entregas para la obtención de servicios cooperativizados.” En la pág. 132 y ss, continúa planteándose este tema, puesto que en las Cooperativas de viviendas no puede conocerse el valor de la vivienda hasta su finalización, constituyendo las entregas meros anticipos del precio final: “En las Cooperativas de viviendas, el problema se presenta cuando varía el coste a lo largo de la construcción de las mismas. Realmente, hasta que no se terminan las obras no se conoce el precio de las viviendas, y esto sucede bastante tiempo después de la iniciación de las obras y, por supuesto, de la constitución de la Cooperativa. En estos casos el socio va realizando entregas periódicas calculadas con anterioridad y aprobadas por la asamblea general de socios y para periodos anuales, teniendo en cuenta la variación de los costes de ejecución de la obras. Pero el precio definitivo no se conoce hasta última hora. Si resulta que al terminar la vivienda los pagos periódicos realizados por el socio superan el precio final de ésta, la cooperativa debe restituir al socio lo que le cobró de más. Si por el contrario todavía falta por cubrir el precio final, el socio tendrá que abonarlo, como ha puesto de manifiesto Uribarri (cita a este autor, que afirma la asunción del riesgo por aumento coste por los socios, promotores de sus viviendas)... Esto es cierto, pero la diferencia entre un constructor profesional y una cooperativa promotora está en que el riesgo por estos errores presupuestarios lo asumen el constructor y en la Cooperativa los socios, de forma que son éstos los que se benefician o perjudican principalmente por la variación de estos costes.”

Pienso que hay que añadir que, en el supuesto que estamos analizando, de construcción por un tercero y gestión de otra empresa, la Cooperativa no tendría porque asumir siempre los incrementos de coste, salvo que en el contrato celebrado con el constructor así se especifique, en caso de gastos o costes inevitables e imprevisibles, como consecuencia del tipo de contrato de obra celebrado entre ellos. No puede admitirse que el riesgo corresponda

aceptada por el mismo respecto del resto de los socios, y que será efectiva en el momento de individualización de las viviendas, en que la adjudicación y concreción es efectiva inter partes. Por ello, el hipotético inconveniente de la publicidad engañosa que ofrece viviendas concretas y determinadas desde el inicio, pasaría a convertirse en un argumento a favor de la existencia de la copropiedad. La explicación razonable al iter y sucesión de acontecimientos es la siguiente. Desde el momento de inscripción en la Cooperativa el socio pasa a formar parte de la comunidad sobre lo aportado para las viviendas. El objeto de la comunidad va aumentando cuantitativamente con las aportaciones de los socios, y va modificándose cualitativamente -lo aportado por los socios es sustituido por el edificio finalmente construido, mediante entregas parciales o el pago total al finalizar la obra-. La concreción de las cuotas se encuentra indeterminada hasta el final de la obra -aunque no se diga al socio-, momento en que se conoce el coste total, real, de las viviendas, que será asumido proporcionalmente por cada socio en función de su cuota de participación y la vivienda determinada que le ha correspondido. La admisión de la comunidad sobre la masa de gestión económica explica la indeterminación de la vivienda, y que el precio se encuentre condicionado al valor real de la vivienda -los socios contribuyen al mismo de forma total, respondiendo en la cuantía de este valor incluso ante los acreedores sociales cuyo derecho traiga causa en la vivienda-. También se explica con la admisión de la comunidad que cualquier problema que se plantee respecto de la posición y participación de uno de los socios afecta a los demás, salvo que ingrese otro y ocupe su lugar, previsión que la LC contempla en el art. 89.5 en protección de aquéllos -art. 129.5 LGC-.

únicamente a la Cooperativa, a los socios, y no al constructor o a la empresa gestora, si ha intervenido en su celebración, que también asume su responsabilidad respecto del tipo de contrato celebrado.

2.3.7. Cuotas de la comunidad: cuantía, alteraciones, gastos y transmisión.

I. Cuantía de las cuotas

Las cuotas de los socios en la comunidad sobre la “masa de gestión económica”, como “*expresión numérica del contenido de la participación*”⁶⁴, se cuantifican en base a la participación concreta de los socios en la actividad cooperativa -derecho y deber incluido en las normas cooperativas generales-. La cuota de participación de cada socio es indeterminada y distinta, y se materializará después en una vivienda concreta según las condiciones, situación y coste de aquella. La cuantía de las cuotas⁶⁵ debe constar de cualquier modo, documental o por deducción, pero está exigido que conste de alguna forma: en el supuesto cooperativo en todo momento se conoce la aportación realizada por cada socio. Puesto que se trata de aportaciones de distinta cuantía, debe excluirse la aplicación de la presunción de la igualdad de las cuotas de la comunidad, prevista en el art. 393 del CC.

II. Alteraciones de la cosa común

Parece que, en defecto de norma cooperativa, se aplicaría a la comunidad la regla del art. 397 del CC sobre la necesidad de unanimidad de los condueños para alterar la cosa común, respecto de la alteración material que afecte al destino de ésta, con el límite del

⁶⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, J. En LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Elementos de Derecho Civil III”. Vol. 2º. LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO, RAMS y MENDOZA. Bosch, Barcelona 1991, pág. 466.

⁶⁵ ALBALADEJO, M: “Derecho Civil III”. Vol.2º ...*cit*, pág. 396.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M: “La insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal” ... *cit*, pág. 95 y ss, establece que la cuantía puede determinarse libremente antes de la entrega de las viviendas, aunque puede plantearse el problema de que las cuotas de las viviendas en PH estén mal fijadas según lo dispuesto inicialmente, en cuyo caso la rectificación deberá contar con el consentimiento unánime de los copropietarios o si no existe éste queda igual que estaba, o ser exigida judicialmente por el perjudicado si no ha dado su conformidad a la Junta que las rectificó.

respeto a su forma y sustancia, o la alteración jurídica⁶⁶. La doctrina⁶⁷ también considera incluidos en el art. 397 los actos y negocios jurídicos de disposición, los gravámenes y la renuncia. La unanimidad puede responder a un consentimiento expreso o tácito, aunque es dudoso si sería suficiente la mera tolerancia⁶⁸ -quizá bastaría con que ningún socio de la Cooperativa se oponga al acuerdo de forma expresa, es decir haciendo constar su oposición, o impugne el acuerdo-. Parece que en el momento en que conste la oposición o impugnación por algún cooperativista, deberían paralizarse las alteraciones, pudiendo exigirse la posterior restitución a la situación anterior si triunfan, e incluso la indemnización si se han producido perjuicios.

No obstante, antes de la aplicación absoluta de las normas civiles sobre alteraciones de la comunidad, debemos tener en cuenta la propia regulación cooperativa, que establece la regla general de que las materias que supongan alteraciones graves de las condiciones establecidas precisan la intervención de la Asamblea⁶⁹ y no del Consejo Rector, según

⁶⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, JM: *"Comentarios al Código Civil"*; art. 392 y ss, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1993. Pág. 1089. Este mismo autor, en 1985, ya excluyó los negocios de disposición del ámbito del artículo 397, porque dice que deben remitirse al art. 399. MIQUEL GONZÁLEZ, JM: *"Comentarios al Código Civil..."*; art. 392 y ss... *cit.*, pág. 386. Sin embargo los estudia en la pág. 395 y ss, y afirma que la jurisprudencia ha resuelto muchos supuestos sobre ellos, y ha sido en ocasiones muy radical, optando por la nulidad absoluta cuando se vende la cosa común por uno de los comuneros, que sería una venta de cosa ajena. Otra cosa distinta es que no haya transmisión, salvo que la cosa común se adjudique a un comunero. CUENA CASAS, M: *"Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales"*, Bosch, Barcelona 1996, pág. 412 y ss. distingue en relación a las alteraciones por un comunero, el contrato de venta de la cosa común -en parte ajena- que califica de válido, previa crítica a las Sentencias del TS, del acto de disposición de la cosa que requiere poder de disposición para ser válido.

⁶⁷ DIEZ PICAZO, L: *"Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial"*, Tomo III... *cit.*, pág. 923.

⁶⁸ BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J: *"La comunidad de bienes"*... *cit.*, pág. 279. Prevé como alteraciones tanto los actos de disposición jurídica, sobre el uso y destino de la cosa común, como de los actos de disposición material, innovaciones o cambios de destino. Los límites que determinan el concepto de alteración, son el destino de la cosa común, el interés de la comunidad y el derecho de los demás copropietarios. Según Beltrán, la forma de la unanimidad puede entenderse expresa, por todos, o tácita, si nadie pone ningún impedimento.

⁶⁹ Se observa que la Asamblea es la encargada de *"fijar la política general de la Asamblea"*, en el art. 21.1 LC, y además en el párrafo 2º de este artículo se impone el preceptivo acuerdo de la misma para los asuntos esenciales, entre otros *"... modificación de Estatutos, o del Reglamento interior..."*, circunstancias que pueden suponer una alteración sustancial del objeto de la misma. Esta competencia de la Asamblea debe admitirse, sin perjuicio de la competencia general del Consejo Rector respecto de las facultades no reservadas por la Ley a otros órganos, según el mismo art. 21.1.

dispone el art. 21.3 de la LC en relación con el 28.2 –art. 43.2 LGC–, aunque en este caso no se prevé la unanimidad en su funcionamiento sino la mayoría simple de votos emitidos y cualificada de dos tercios de los socios. Aunque las normas cooperativas, por ser específicas, sustituirían al art. 397 del CC –no imperativo–, se plantea la duda de hasta que punto, en situaciones excepcionales como sería el cambio de destino del objeto de la comunidad, o algún aspecto sustancial de éste, no debe exigirse unanimidad prevista por el CC, sin que baste el acuerdo mayoritario de la Asamblea –la LC salva los derechos de los socios permitiéndoles impugnar el acuerdo o darse de baja de forma voluntaria y justificada–. Como se deduce de lo anterior, hay ciertos problemas de compatibilidad teórica entre las normas cooperativas sobre adopción de acuerdos, que utilizan el criterio de mayorías, y las normas comunitarias que acuden a la unanimidad en los casos de alteraciones de la cosa común, aunque en último término se aplique la LC por ser especial.

III. Participación en los gastos y beneficios de la comunidad.

Las normas de participación en gastos y pérdidas de la comunidad sobre la masa de gestión económica cuentan con su propia regulación general, preferente. en las normas cooperativas, en las que el régimen de excedentes, pérdidas y retornos, correspondientes a la construcción de viviendas y producidos en la Cooperativa, se basan en la participación proporcional del socio en la actividad cooperativa, proporcionalmente a su cuota, art. 58 y 59 LC -art. 84, 85 y 87 de la LGC–, analizados más adelante en la titularidad de la “masa de gestión”. Se aplican las normas económicas de la Cooperativa, puesto que la gestión de la construcción de las viviendas y los resultados de ésta se

La LGC, en el art. 43, impone la pena de nulidad a los actos preceptivos realizados sin la autorización de la Asamblea.

producen dentro de la Cooperativa constituida para ello, y los conceptos de excedentes, pérdidas y retornos y su cuantía se producen en dicha gestión. En materia de Cooperativas de viviendas y respecto del precio de la vivienda y los gastos que le corresponden, la LC no establece nada específico aunque, en base a sus propias normas generales relativas a retorno y pérdidas, el precio y gastos dependerán de la participación del socio en la actividad cooperativa, es decir de la concreta vivienda que posteriormente le sea asignada.

Intentaremos, como hasta ahora, interpretar las normas cooperativas, escasas, según la regulación civil de la comunidad. Así, salvo que se prevea expresamente la solidaridad, los copropietarios responden mancomunadamente de los gastos de las viviendas. La liberación de los gastos, así como de los beneficios, sólo puede realizarse renunciando a la cuota -art. 393.2 CC-, lo que supone el aumento de las cuotas de los demás, sin afectar por supuesto a cuestiones anteriores a la renuncia -cuestión que se tratará más adelante al analizar la renuncia-.

Con relación al planteamiento y aceptación de nuevos gastos se plantea la duda de si la posibilidad de admitir nuevos gastos o mejoras, utilizada frecuentemente en las Cooperativas de viviendas respecto de los materiales u otros servicios y suministros, debería requerir la unanimidad de los partícipes, como alteración de la cosa común, según impone el art. 397, o bien basta la admisión mayoritaria de éstos como supuesto de administración; y si es necesario acudir a la Asamblea General, o puede bastar con la aprobación por el Consejo Rector. Para resolver la cuestión es preciso distinguir según el tipo de gastos que se trate, análisis que, realizado respecto de la comunidad en general,



es aplicable a las Cooperativas. Según algunos autores⁷⁰, en la comunidad, la diferencia radica en que las mejoras sean de lujo o recreo que requieren unanimidad, o mejoras útiles en las que es necesario la conformidad de la mayoría. Otros⁷¹ estiman que la diferencia estriba en la alteración de la sustancia de la cosa, que exige unanimidad, o alteración que no afecta a ésta, para la que bastaría la mayoría. También se aplican los criterios de impedir el uso de la cosa común, aunque éstos no siempre son incluibles en el supuesto del art. 397 -este caso explicaría alguno en que se decide la modificación del destino del garaje, o trasteros, o locales comerciales... que exigiría unanimidad-.

Según BELTRÁN DE HEREDIA⁷², para determinar si los gastos son exigibles a todos los comuneros debe distinguirse según sean necesarios, de reconstrucción, útiles y suntuarios, judiciales y fiscales. Y ello, teniendo en cuenta que, al margen del tipo de gasto, si éste ha sido aprobado por acuerdo de los copropietarios, la contribución puede ser reclamada a todos, porque el propio acuerdo les obliga.

Los gastos necesarios, de conservación, admitidos por los copropietarios, les obligan a la aportación de las cantidades que éstos supongan⁷³. El principio básico del art. 395 del

⁷⁰DÍEZ PICAZO, L. GULLÓN BALLESTEROS, A. "Sistema de Derecho Civil" vol. III... *cit*, pág. 84. Así interpretan estos autores el art. 397. También CAPILLA RONCIERO, F. "Derechos reales y derecho inmobiliario registral" ... *cit*, pág. 388.

⁷¹DÍELGADO ECHEVERRÍA, J. En LACRUZ BERDEJO, J.L. "Elementos de Derecho Civil III". Vol. 2º... *cit*, pág. 477.

⁷²BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J. "*La comunidad de bienes*" ... *cit*, pág. 245 y ss. Los gastos necesarios, de reparación son exigibles a todos si se produjeron por causa de caso fortuito o fuerza mayor o por un tercero (al que se podrá reclamar después), por daño que se había previsto como futuro y que es presente. No serían exigibles la previsión de daños futuros ni los producidos por uno o varios comuneros. Respecto a los gastos de reconstrucción, sólo son exigibles si la reconstrucción conserva el destino de la cosa. No son exigibles los de incremento del rendimiento o disfrute de la cosa común, ni tampoco los útiles o suntuarios. Puede exigirse a todos los comuneros la participación en los gastos judiciales y fiscales que se produzcan con motivo de la cosa común.

⁷³La cuestión de los gastos y pérdidas y su admisión es tratada de forma diferente en el CC y en la legislación cooperativa. Ante esta situación diversa, debemos recordar que la normativa cooperativa es específica, y no parece que el CC en esta materia contenga normas absolutamente imperativas, teniendo en cuenta que la LGC respeta el principio esencial de que los gastos sean proporcionales a la actividad cooperativa, y que no se produzcan situaciones de abuso (art. 393 CC).

CC estaba recogido en la LGC, que había previsto que el copropietario que incumple la aportación para dichos gastos puede ser expulsado de la Cooperativa -art. 38.1º LGC⁷⁴, regla similar al citado art. 395 CC por el que todo copropietario pueda obligar a los demás a contribuir a los gastos de conservación, obligación de la que sólo pueden eximirse si renuncian⁷⁵ a la parte que le pertenece en dominio -en tal caso deberían solicitar la baja o transmitir sus derechos-. La LC, en el art. 17.5 referido a la expulsión, plantea una regulación más escueta sin citar ninguna causa, aunque el principio es aplicable por la aplicación supletoria de las normas de la comunidad.

Los gastos de lujo o suntuarios no obligan a los copropietarios, pudiendo solicitar éstos la baja voluntaria justificada si son gravemente onerosos según dispone la LC, en el art. 17.4, o simplemente voluntaria. Como complemento a lo anterior, nos preguntamos, ¿qué ocurre con gastos de lujo que no sean excesivamente onerosos?. Según la legislación cooperativa los socios están obligados a contribuir a ellos, lo que contradice la interpretación de las normas del CC sobre comunidad de bienes, según las cuales, los gastos de lujo o suntuarios no son obligatorios para los copropietarios. Para armonizar ambas interpretaciones, en las Cooperativas de viviendas puede preverse que si los gastos afectan a las viviendas individuales, sólo se realicen las mejoras en aquéllas de los socios que han querido contribuir -siempre que las viviendas estén individualizadas al menos en el Proyecto-.

⁷⁴ "... No obstante lo establecido en el número 2 del artículo 37 (plazos de prescripción de las infracciones), cuando la causa de la expulsión sea el encontrarse el socio al descubierto de sus obligaciones económicas, podrá acordarse su expulsión cualquiera que sea el tiempo transcurrido, salvo que el socio haya regularizado su situación."

⁷⁵ La renuncia queda sometida al límite de que no perjudique a terceros, y que se realice en las condiciones determinadas por la Ley, en este caso las de la LGC: ALBALADEJO, M: "Derecho Civil I". Vol.2". Bosch, Barcelona 1996, pág. 25 y ss.

Según lo previsto en el CC los cooperativistas no pueden verse obligados por gastos que supongan una modificación del destino de la cosa. Sin embargo puede exigirse a éstos que contribuyan a los gastos judiciales y fiscales derivados de la cosa común. En general, la obligación de contribución a estos gastos les viene impuesta por el art. 57 de la LC - art. 83 LGC-, con efectos sobre los derechos de reembolso en su caso, y de retorno.

IV. Transmisión y renuncia a la cuota.

Según las normas civiles generales -artículo 399 CC-, la cuota de cada socio puede transmitirse, enajenarse, cederse o hipotecarse, con efectos limitados a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad. Esta norma ha sido considerada por algún autor una de las imperativas en la regulación del CC de la comunidad de bienes⁷⁶, por lo que se aplicaría a las Cooperativas, teniendo en cuenta además que la regulación cooperativa no hace referencia expresa a esta posibilidad -aunque algunas normas traten aspectos relacionados con ella-.

Vamos a presentar las especialidades de la aplicación de esta norma en materia cooperativa: la cuota de cada socio sobre la “masa de gestión económica” podría transmitirse o quedar sujeta a un gravamen, pero no materializarse porque los efectos materiales de la división se han condicionado o pospuesto hasta el momento de adquisición de la propiedad de las viviendas -se explica así la indivisibilidad de la hipoteca afecta al edificio hasta el momento en que el socio adquiere la vivienda, vivienda a la que se encuentra afecta la parte de hipoteca que le corresponda-.

En el supuesto cooperativo la transmisión de la cuota está sujeta a la condición de socio, y sólo se puede transmitir a un socio, como expresión de la relación Cooperativa -

⁷⁶ Ver nota a pie 45.

comunidad. Con relación a dicha posibilidad de enajenación o cesión, las normas cooperativas, de las que depende dicha comunidad, en concreto el artículo 50 LC –art. 78 LGC–, limitan la transmisión de la participación del socio en el capital social producida durante la vida cooperativa, *inter vivos* y *mortis causa*, a otros socios de la Cooperativa, transmisión que afecta también a la cuota de cada socio en la comunidad. Posteriormente a la entrega y adquisición de propiedad de las viviendas, la transmisión de éstas queda sujeta, durante un plazo de tiempo, a los derechos de tanteo y retracto de la Cooperativa, expresamente previstos en el art. 92 LC –art. 132 LGC–, aunque en este caso la comunidad no existe ya, al haberse dividido y extinguido. Como vemos, la regla del artículo 399 del CC se aplica con matices, limitada por las disposiciones cooperativas que hacen depender el destino de las cuotas de la comunidad de la condición de socio, límites que corroboran la dependencia de la comunidad respecto de la Cooperativa.

Al hilo de otro tema, la renuncia a la cuota, ofreceremos las singularidades cooperativas que permiten su admisión en la comunidad sobre la “masa de gestión económica”. La renuncia a la cuota en la comunidad exime de los gastos, y por supuesto de los beneficios que a partir de ésta recaigan sobre la cosa común, según dispone el art. 395 del CC, siendo dicha renuncia libre, unilateral y discutidamente recepticia⁷⁷, y teniendo como finalidad la liberación de las obligaciones del partícipe, futuras o presentes, no las asumidas o aprobadas⁷⁸, y el acrecimiento de la participación de los demás, y los

⁷⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M: “*Comentarios al Código Civil...*” art. 392 y ss... *cit*, pág. 115. BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J: “*La comunidad de bienes...*” *cit*, pág. 255 y ss: Según la opinión de este autor, la renuncia implica la obligación, tanto del socio antiguo como del nuevo.

⁷⁸ DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, J.M: “*Comunidad de bienes y empresa...*” *cit*, pág. 16, no admite que uno de los comuneros pueda quedar exento de las pérdidas ya imputadas si sustituye a otro en su aprovechamiento (art. 399 CC). lo que es igualmente aplicable al supuesto cooperativo; situación que puede ser, además, un fraude de ley (por pretender aplicar literalmente el art. 399 del CC, eludiendo el art. 80 LGC).

consiguientes gastos⁷⁹. Sólo si se admite la renuncia unilateral pero recepticia en la comunidad, podrá asimilarse a ésta la figura de la baja⁸⁰ del socio cooperativo. En tal caso, la baja unilateralmente solicitada por el socio, precisaría su recepción⁸¹ por los órganos cooperativos, representantes del resto de copartícipes. El acuerdo de aceptación se limitaría a la comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos y a la fijación de los efectos correspondientes, limitados en el momento y circunstancias por lo que la LC establece, como es la exigencia legal de ser sustituido por otro socio para poder

⁷⁹DÍEZ PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A: "Sistema de Derecho Civil" vol. III... *cit*, pág. 84: "Nada dice el artículo 395 sobre el destino de la parte renunciada. En la doctrina dominante se rechaza que la cuota venga a ser res nullius, aunque se controvierta sobre si opera el crecimiento o si se trata de una simple modificación del módulo en que los demás comuneros participan en la comunidad. En cualquier caso, ellos son los únicos beneficiados por la renuncia, aunque a cambio, por haber crecido su cuota, tengan que hacer frente a mayores desembolsos por los gastos de conservación, incluidos los que debió satisfacer el renunciante."

⁸⁰ Nos referimos a la baja voluntaria, como afirma TRUJILLO DÍEZ, puesto que la obligatoria y la expulsión son supuestos diferentes: TRUJILLO DÍEZ, J: "Baja del socio cooperativo y reembolso de sus aportaciones sociales". Actualidad Civil I/1998, marginal 113 y ss.

El socio puede abandonar la Cooperativa por varias causas relacionadas con la condición de socio, por baja que puede ser de tipo voluntario u obligatorio, o por la expulsión. La baja voluntaria, art. 17. 1 y 4 LC, es justificada si está precedida de un plazo de preaviso o si se produce por imposición de obligaciones gravemente onerosas a las que el socio se opone o estuvo ausente en la Asamblea que las estableció, y conlleva la devolución de lo aportado. En caso de baja voluntaria justificada, el reembolso comprende todo lo aportado al patrimonio social, así como las cantidades para la obtención de las viviendas, art. 51. La baja no justificada por incumplimiento del período de permanencia mínimo en la Cooperativa conlleva la reducción de las cantidades pendientes de reembolso en un porcentaje que no puede superar el 30%. La baja puede ser obligatoria por pérdida de los requisitos para ser socio, art. 17.5. La expulsión de los socios, como sanción máxima, puede estimarse por la comisión de faltas muy graves, art. 18.5 LC.

Según la redacción de la LGC, la expulsión puede tener como consecuencia, si lo establecen los Estatutos, en opinión de PAZ CANALEJO, la indemnización de daños y perjuicios y el recargo del 10% sobre las aportaciones obligatorias, como así se establece para los casos de baja (no puede penalizarse más la baja que la expulsión según este autor), y el 30% previsto en el art. 80.b), pudiendo llegar la deducción hasta el 40%. En PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: "Comentarios a la Ley General de Cooperativas": Tomo XX, vol. 2º ... *cit*, pág. 235.

En las Cooperativas de viviendas, las cantidades aportadas para la obtención de las viviendas siguen el régimen de reembolso y deducción del art. 51.3 LC adaptado a las normas del art. 89. 5º, que en el caso de baja no justificada limita dichos porcentajes al 50%, y su reembolso efectivo a la sustitución en los derechos y obligaciones por otro socio. Aunque la LC se refiere sólo a los casos de baja no justificada, estas dos limitaciones específicas deberían considerarse también aplicables al supuesto de baja obligatoria y de expulsión. Con relación al reembolso, se aplica tanto a las aportaciones al capital social como a la participación en la masa de gestión económica y las deducciones que pueden establecerse a ésta. En su repercusión en el patrimonio del socio, se distinguen, tanto en la teoría como en la práctica, los conceptos de reembolso como ingreso, las pérdidas que le afectan y las deducciones aplicables por solidaridad cooperativa: Así denominadas por CHULIÁ en PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: "Comentarios a la Ley General de Cooperativas": Tomo XX, vol. 3º... *cit*, pág. 295.

⁸¹ La baja con efectos sobre la vivienda precisa, no la aceptación de la Cooperativa, persona jurídica, sino del resto de copropietarios, aunque no lo entienda así TRUJILLO DÍEZ, J: "Comentario a la STS de 16-3-1998", en C.C.LC núm. 48, pág. 999 y ss. Nosotros entendemos que es diferente la baja en la Cooperativa de la situación que aquella provoca en la cuota parte del socio.

recuperar la cuota -lo que modifica el efecto básico de la renuncia en la comunidad, el acrecimiento de las cuotas de los demás-, porque en las Cooperativas de viviendas no interesa que este acrecimiento se produzca, y se exige que otro socio sustituya al renunciante-. La baja o renuncia es la fórmula idónea para desvincularse de la Cooperativa, si no fuera por las penalizaciones que la legislación impone sobre las aportaciones al capital social y sobre la masa de gestión económica, excepto en el caso de baja voluntaria justificada (aunque ésta sólo es admisible por determinadas causas, generalmente las más comunes, por obligaciones gravemente onerosas para el socio). Dichas penalizaciones son también recogidas generalmente por los Estatutos, ofreciéndose un panorama idílico y perfecto al socio que permanezca en la Cooperativa hasta el final de ésta y de la comunidad, y bastante sombrío al que se quiera desvincular antes -y puede tener razones personales perfectamente respetables-. Estas consecuencias, aunque “a priori” e individualmente parezcan injustas, tienen su razón de ser en el necesario equilibrio con los derechos de los demás, y en la obligación del socio inscrito como tal, que no puede eximirse de sus obligaciones tan fácilmente⁸². Por lo que se refiere a las Cooperativas de viviendas, la baja del socio, que renuncia a sus derechos sobre la vivienda y recupera en parte lo aportado, se encuentra limitada, en la devolución o reembolso⁸³, a que al socio que causa baja le sustituya otro en sus derechos y

⁸² Así lo expresa Paz-Ares en relación a la coexistencia de sociedad y comunidad: PAZ-ARES, C: “*Comentarios al Código Civil*”: art. 1665 a 1708, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, Pág. 1372.

⁸³ La LC, en el art. 89.5 se refiere a las condiciones especiales del reembolso en el supuesto de viviendas: necesaria sustitución por otro socio y aplicación de deducciones a que se refiere la LC respecto del reembolso en general.

También se limita generalmente, como sanción, la cuantía de la devolución del precio de la vivienda, y lo que en general puede ser admisible, en cada caso particular es cuestionable puesto que puede llevar a ventajas injustificadas del resto de socios y a beneficios indebidos respecto del nuevo socio, como podría relatarnos largo y tendido con un cercano ejemplo D^a. M^a del Carmen Gómez Laplaza.

En el comentario a la STS de 12-4-1994, MARÍN LÓPEZ se refiere al plazo previsto para el reembolso como plazo o término de cumplimiento y no de ejercicio del derecho -el Tribunal estima que es un plazo, ni de caducidad ni de prescripción, sino que se establece en beneficio de la Cooperativa, para evitar su descapitalización-. También estudia los supuestos en que este se produce, sujeto a deducciones estatutarias: baja voluntaria, obligatoria y expulsión: MARÍN LÓPEZ, JF: “*Comentario a la STS de 12-4-1994*”, en C.C.J.C núm. 36, pág. 970 y ss.

obligaciones, ante lo cual, se plantea la duda de ¿hasta que punto es renuncia y no transmisión?. Con relación a la pérdida⁸⁴ de la condición de socio en general, por cualquier causa, hay que distinguir los efectos de la misma sobre el cese de la relación asociativa y sobre la aportación a la comunidad. El cese del vínculo asociativo, por baja o expulsión o por transmisión de la participación, supone la decadencia del derecho en la comunidad, sometida a la regla específica en materia de viviendas de la sustitución por otro socio.

Es especialmente interesante, en las Cooperativas de viviendas, la exigencia legal específica de que la posición del socio copropietario, expulsado o que causa baja, sea asumida por otro en sus derechos y obligaciones, siempre que este último sea admitido como socio, art. 89.5 LC –art. 129.5-, y ello porque el socio pretende recuperar lo aportado para la futura vivienda, y a los demás no les interesa acrecer su cuota con una participación ínfima en una cuota vacante, ante lo cual la Ley establece el derecho de reembolso con la limitación de que un nuevo socio adquiera su posición en la copropiedad⁸⁵ -ello no afecta a la libertad de renunciar a la condición de socio en la Cooperativa, y a los derechos y deberes que se encuentran implícitos en ella en el

Recoge la opinión de MARÍN LÓPEZ, TRUJILLO DÍEZ, J: “*Baja del socio cooperativo y reembolso de sus aportaciones sociales*”. Actualidad Civil I/1998, marginal 113 y ss, que se refiere al plazo de reembolso como un término legal inicial, de cumplimiento, cuyas deducciones deben preverse en los Estatutos. Con relación al reembolso mantiene que son objeto del mismo las aportaciones al capital social, y no las partidas patrimoniales que no integren éste, objeto de retorno.

⁸⁴PAZ, CANALEJO, N: “*Baja del socio cooperador. Causas, clases y procedimiento*”. Asociaciones, fundaciones y Cooperativas. Cuadernos de Derecho Judicial. 1996. CGPJ, pág. 211 y ss. Analiza este autor la pérdida de la condición por cualquier causa, que dice provoca la resolución del contrato asociativo, incluso por incumplimiento de obligaciones en caso de expulsión. Estudia los tipos de baja y los principios que deben cumplir.

⁸⁵ En las Cooperativas de viviendas, el legislador resuelve los problemas que se plantearían en caso de comunidad en PII, supuesto analizado por DE LA CÁMARA, como son la exclusión de la comunidad por falta de pago, como condición resolutoria expresa. En el supuesto cooperativo, la falta de pago da lugar a la expulsión de la Cooperativa con efectos sobre la participación en la masa de gestión económica. También se analiza el caso de que un socio disponga de su piso durante la construcción y la posibilidad de que el nuevo quede obligado desde entonces y anteriormente por las obligaciones que el primero no cumpla. En las Cooperativas, la transmisión de la participación del socio y el correspondiente derecho sobre la vivienda no es libre, y el antiguo socio responde durante 5 años por las obligaciones anteriores que afectan a su derecho de reembolso: DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M: “*La insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*” ... cit.

momento que se estime oportuno, y a que se apliquen a esta situación las deducciones o sanciones previstas en la Ley-. Respecto a las causas por las que se producen supuestos de baja o expulsión es difícil determinar hasta que punto la actuación cooperativa es lícita, puesto que puede exigir unos gastos o aportaciones excesivas y obligar a los socios a renunciar a su participación⁸⁶, o bien exigir unos gastos injustificados pero no excesivos en la cuantía exacta para evitar la renuncia del socio y obligarle a contribuir y permanecer vinculado a la cooperativa.

La admisión y efectos de la renuncia y de la expulsión deberían implicar el ofrecimiento al resto de socios, o a los expectantes o aspirantes con la salvedad que respecto de algunos familiares se establece en el art. 50 y 92⁸⁷ de la LC –art. 132.3 y el 78.1 de la LGC-. De admitir la base de copropiedad sobre la masa de gestión económica los copartícipes tendrían un derecho de retracto⁸⁸ sobre las cuotas de los demás durante la existencia de la comunidad, puesto que aunque no se pueda permitir que ostenten varias condiciones de socio en la relación cooperativa, si puede ocurrir que su participación en la actividad cooperativa sea mayor. La legislación cooperativa no dice nada al respecto, pero podría entenderse así por la regulación jurídico – privada de la copropiedad, según dispone el art. 1522 del CC. Parece que no se excluye esta posibilidad, por lo que

⁸⁶ Una situación similar se prevé para la comunidad de bienes – empresa, en relación a los gastos excesivos y la aplicación del art. 395 del CC, por DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, JM: “Comunidad de bienes y empresa” ... cit, pag. 16.

⁸⁷ Nos referimos a los derechos de tanteo y retracto que la Cooperativa puede ejercer, a favor de los socios expectantes, si el socio transmite sus derechos sobre la vivienda a favor de terceros antes de 10 años desde la licencia de ocupación (u otro plazo establecido en Estatutos). Dichos derechos se regulan en términos similares a la LGC –art. 132-, salvo la sustitución de la cédula de habitabilidad por la licencia de primera ocupación en el 92.1 de la LC, y la obligación de reiterar el ofrecimiento si, transcurrido un año desde que este se realizó no se ha llevado a cabo la transmisión. Además, el apartado 3 incluye, como limitaciones al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, las transmisiones realizadas por el socio a favor de ascendientes o descendientes, así como – a diferencia de la LGC- al cónyuge “decretadas o aprobadas judicialmente en los casos de separación o divorcio” (nos preguntamos que ocurrirá con el cónyuge no separado, al que interese ser propietario de la vivienda adquirida por el otro antes del matrimonio).

tendrían derecho a ella durante la construcción de las viviendas; aunque no tendrá como efecto la doble cualidad de socio en una misma persona, sino que el socio que la adquiriera será futuro propietario de dos viviendas⁸⁹. En esta cuestión también debe tenerse en cuenta la necesidad de respeto del número mínimo de 5 socios en la Cooperativa, aunque es difícil que se infrinja este mínimo por el amplio número de socios que integran generalmente estas entidades.

Posteriormente al ofrecimiento a los socios, la Cooperativa se vería obligada a ofrecer la vacante a los expectantes o aspirantes, al igual que se prevé en el artículo 92 de la LC en los casos de viviendas acabadas –art. 132 LGC-. Con relación a esta cuestión, se plantea la duda de la posible y difícil relación de los derechos de otros socios –comuneros-, con los aspirantes o expectantes –art. 92 LG-, y con algunos parientes del socio “renunciante”, sea el cónyuge, ascendientes o descendientes, si son socios o adquieren esta condición, como exige el art. 50⁹⁰ de la LC –art. 78.1 LGC-, respecto de la

⁸⁸ DIEZ PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. “Sistema de Derecho Civil” vol. III... cit, pág. 87. Estiman que el retracto no puede ser renunciado por los comuneros en base a la autonomía de voluntad, por basarse en uno de los principios rectores de la comunidad, el acabar cuando antes con la situación.

⁸⁹ Como el caso de las familias numerosas respecto de viviendas unidas horizontal o verticalmente, en VPO, art. 106 del Reglamento de VPO dictado mediante RD 2114/1968 de 24-7, y 27 del Texto refundido mediante RD 2960/1976 de 12-11.

⁹⁰ “Art. 50. Transmisión de las aportaciones. Las aportaciones podrán transmitirse: a) Por actos “inter vivos”, únicamente a otros socios de la Cooperativa y a quienes adquieran tal cualidad dentro de los tres meses siguientes a la transmisión que, en este caso, queda condicionada al cumplimiento de dicho requisito. En todo caso habrá de respetarse el límite impuesto en el artículo 45 de esta Ley. B) por sucesión “mortis causa”, a los causa-habientes si fueran socios y así lo soliciten, o si no lo fueran, previa admisión como tales realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la presente Ley, que habrá de solicitarse en el plazo de seis meses desde el fallecimiento. En otro caso, tendrán derecho a la liquidación del crédito correspondiente a la aportación social.”

“Art. 78. Transmisión de las aportaciones. 1. Las aportaciones pueden transmitirse: a) Por actos inter vivos, entre los socios de la Cooperativa, en los términos fijados en los Estatutos. No obstante, el socio que, por haber perdido los requisitos para continuar siéndolo fuese baja obligatoria en la Cooperativa y ésta fuese calificada de justificada, podrá transmitir sus aportaciones a su cónyuge, ascendiente y descendiente, si éstos son socios o adquieren tal condición en el plazo de tres meses desde la baja de aquél. B) Por sucesión mortis causa si los derechohabientes son socios o adquieren tal condición en el plazo de seis meses. 2. En los supuestos del párrafo segundo del apartado a) y del apartado b) del número anterior, la adquisición de la condición de socio se realizará de acuerdo con lo establecido en el artículo 31, las aportaciones transferidas se computarán en las aportaciones que el nuevo socio ha de realizar de acuerdo con lo establecido en el artículo 74, y el nuevo socio no estará obligado a desembolsar cuotas de ingreso.”

transmisión de las aportaciones inter vivos en los casos de baja voluntaria y obligatoria no justificada o expulsión de un socio, y el artículo 92 en la transmisión posterior de la vivienda. No está claro quien tiene más o menos derecho, los socios copropietarios o los familiares, especialmente en casos de baja voluntaria justificada. Durante la construcción, el inicial ofrecimiento a los socios, determinado por el ejercicio del retracto legal de comuneros, es importante puesto que la situación de alguno puede haber variado y le puede interesar una segunda vivienda -si tiene opción a una que sea vecina a la suya-, aunque normalmente estos supuestos serán escasos. En pugna con éstos se encuentra el derecho de ofrecimiento a los familiares de los socios. De existir lista de aspirantes o expectantes, éstos deberían optar, en último lugar, a la posición jurídica vacante, aunque la LC no diga nada -lo que se deduce de una interpretación amplia del artículo 92 LGC-. El orden de preferencia es difícil de determinar por la existencia de intereses contrapuestos, e igualmente respetables, los socios (familia que aumenta repentinamente) y los familiares del socio (padres del socio que viven con él, y éste renuncia por cambio de residencia, necesitando los padres la vivienda) que pueden tener interés en la vivienda, y los aspirantes, con interés en ser llamados, de los que la LC en este caso se olvida. El orden de prelación, que debería establecerse en la Ley de forma clara, beneficia esencialmente al resto de copartícipes, que verán acrecida su cuota por la renuncia de otro socio, lo que probablemente no les interesa puesto que conlleva la asunción de mayores gastos; y con las posibilidades citadas, de recurso a familiares y aspirantes, pueden liberarse más fácilmente de sus consecuencias. Además podría admitirse incluso que, en defecto de las personas designadas en dicho orden, los socios ofrezcan la vivienda a cualquier persona conocida por ellos, que pueda estar interesada; y en el caso de ser varios los que optan, someterlos a sorteo, con lo que se lograría la inclusión de un nuevo socio de forma ágil, y la satisfacción rápida y segura del reembolso del antiguo

socio -se encuentra esperando a ser sustituido por uno nuevo, por disposición expresa del art. 89.5-. En defecto de todas las personas citadas, la Cooperativa debería venir obligada a dar mayor publicidad a la vacante, con el fin de no perjudicar a sus socios y de no mantener económica e indefinidamente vinculado a ella a un exsocio con el cual debería haber saldado ya las cuentas pendientes.

Concluyendo, durante la construcción del edificio, los copartícipes no pueden transmitir su derecho a cualquier persona, como se deduce del art. 50 LC -78 LGC- que limita la transmisión de las aportaciones. En los supuestos de muerte de un socio en este período, los derechohabientes de éste son los llamados en primer lugar si son socios o adquieren tal condición. En defecto de ellos la LC no prevé ninguna otra regla. El derecho sobre la futura vivienda cesa también por transmisión *inter vivos* y en los casos de baja y expulsión del socio, transmitiéndose los derechos necesariamente a otro socio, con los efectos económicos regulados en el art. 89.5 de la LC –art. 129.5 LGC-. En este caso se observa la necesidad de que el adquirente sea socio de la Cooperativa, aunque no es necesario que se trate de un socio ya inscrito, pudiendo serlo un familiar, o incluso un tercero si éstos no quieren -no se alude, en ninguno de los casos de transmisión durante la construcción de las viviendas, a los aspirantes-.

Como se deduce de todo lo anterior, los derechos sobre las viviendas en construcción dependen de lo que ocurra con la relación cooperativa –transmisión de condición de socio, baja, expulsión...- , aunque sean cuestiones diferentes⁹¹. La legislación cooperativa sólo admite la independencia de la transmisión de la condición de socio, respecto de la propiedad de éste sobre la participación en las viviendas, cuando la vivienda ya ha sido

⁹¹ No obstante ante el TS se tramitan por diferente vía o procedimiento la impugnación del acuerdo social de expulsión y la cuestión relativa a la adjudicación y entrega en propiedad de la vivienda.

construida, art. 92⁹² LGC –art. 132 LGC-, en cuyo caso puede transmitirse a cualquiera, respetando los derechos de tanteo y retracto de la Cooperativa, aunque éste es un supuesto distinto. Los derechos de tanteo y retracto puede ejercitarse durante un plazo de tiempo determinado desde la concesión de la cédula de habitabilidad -hubiese sido más lógico entender que el comienzo de estos derechos se produce cuando el socio adquiere efectivamente la propiedad de la vivienda-. Estos derechos repercuten sobre los socios expectantes o aspirantes, a los que la Cooperativa ofrece las viviendas por orden de antigüedad (no se trata de un tanteo o retracto de comuneros, aunque el TS lo considere como tal), como derecho de los aspirantes por mediación de la Cooperativa. Los socios, ya propietarios en régimen de PH, no ostentan ningún derecho preferente sobre estas transmisiones⁹³. No ocurre lo mismo con los familiares, ascendientes, descendientes y cónyuge separado o divorciado, según el art. 92.3 LC.

2.3.8. Administración de la comunidad.

La comunidad, como suma de titularidades e intereses, requiere una administración y organización que, en el caso de las Cooperativas de viviendas, es ejercida por la Cooperativa como persona jurídica en la que confluyen y se unen los intereses de los socios. En la actualidad la administración suele delegarse en una empresa gestora, delegación que abarca, generalmente, la organización de las relaciones con terceros respecto de la construcción de las viviendas y las cuentas sociales, continuando la

⁹² Se establecen derechos de tanteo y retracto de la Cooperativa que deberá ponerlos a disposición de los socios expectantes, en defecto de los cuales el socio queda autorizado para transmitir a terceros. Se reconoce por el TS el derecho de la Cooperativa de ejercitar el retrato de comuneros, cuyos plazos y requisitos serán, además de los establecidos en la LGC, art. 132, y en defecto de éstos, los del retracto de comuneros en general : STS 1-7-1991 (Ar. 5311).

⁹³ Adhiriéndonos a lo que plantea MIQUEL, hay dudas respecto de hasta que punto es importante el retracto de comuneros si la comunidad ya se ha dividido, como ocurre en el caso de las Cooperativas de viviendas, que pasan a ser una PH, régimen que excluye expresamente esta posibilidad como facultad de los propietarios: MIQUEL GONZÁLEZ, J.M: "Comentarios al Código Civil..."art. 392 y ss... cit, pág. 518.

Cooperativa como órgano de formación de la voluntad de los socios y encargada de la organización del proceso de adquisición de la propiedad de la vivienda y sus distintas fases, además de representante frente a terceros –cuestiones cuya ejecución puede realizarse también por la empresa gestora-, con su propio sistema de administración regulado por la LC -Asamblea General, Consejo Rector, Intervención...-, que sería el aplicable a esta organización de los intereses de la comunidad, con efectos sobre todo lo relacionado con la propiedad de las viviendas y la formación de la voluntad conjunta. Sobre esto último, el sistema de formación de la voluntad en las Cooperativas, -por mayoría simple, o cualificada de dos tercios de los votos en algún caso, ostentando cada socio un solo voto- se encuentra previsto en el art. 28 y 36 de la LC – en la LGC en el art. 49 respecto de la Asamblea General, y en el 58 con relación al Consejo Rector–, y difiere del establecido en el CC, art. 397 y 398⁹⁴ -que propone el voto según la participación de cada uno, la mayoría de intereses para los acuerdos de administración, y la unanimidad para los actos de disposición; contemplando el recurso al Juez como última solución. La LC admite el derecho de voto de cada socio en el art. 26 –art. 47 LGC–, y mantiene el régimen de adopción de acuerdos como única posibilidad de formación de la voluntad de los socios cooperativos. El socio disconforme con el acuerdo adoptado, o al que éste perjudique, puede impugnarlo si lo estima “*contrario a la Ley, que se oponga a los Estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios socios, asociados o terceros, los intereses de la Cooperativa*”, según el art. 32.1 LC –art. 52.1 LGC –; o también puede solicitar la baja voluntaria, que en algún caso será justificada si

⁹⁴ En este caso, debe admitirse la supletoriedad del CC y la aplicación de las normas cooperativas sobre administración.

BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J: “*La comunidad de bienes*” ... cit, pág. 194, plantea que los copropietarios pueden pactar el régimen de administración que prefieran, que en algún caso puede ser semejante al de algún tipo societario, sin convertirse en sociedad. En el supuesto cooperativo, la organización de la comunidad es

las obligaciones eran excesivamente onerosas, a juicio del art. 17.4 LC -art. 32.3 LGC-. También ante cuestiones graves, que conlleven la imposibilidad de desarrollo o paralización de la actividad cooperativa, puede plantearse la disolución de la Cooperativa, art. 70 LC -art. 103 LGC-.

2.3.9. Constitución y extinción de la comunidad.

En principio no está claro si, para que exista la comunidad, es preciso un contrato de constitución de ésta, o basta con el de constitución de la Cooperativa y los sucesivos documentos de “adjudicación” o ingreso individual de cada socio -de adhesión-. Puede partirse, en materia de comunidad, de las bases sentadas por MIQUEL GONZÁLEZ⁹⁵ para su constitución, que se refiere a un contrato que obligue a poner en común, contrato de sociedad o semejante a éste. El negocio jurídico de constitución de la Cooperativa de viviendas, al que los socios se adhieren individualmente, es el origen de la comunidad sobre lo aportado para la construcción, la “masa de gestión económica”, que va transformándose en el edificio de viviendas proyectado, construido sobre el solar reservado, adquirido o de futura adquisición conjunta -si el solar ya les pertenecía, la comunidad habría surgido “de facto” en ese momento-. También se manifiesta de esta forma CAPILLA⁹⁶, que afirma que *“la comunidad no es título de atribución, sino el resultado producido por la adquisición de un derecho entre varios”*, por lo que la razón última de la copropiedad tiene una base voluntaria, voluntariedad que este autor excluye

realizada por la sociedad, persona jurídica principal a la que representa y por la que actúa la comunidad, y que tiene atribuida su administración, al menos en teoría.

⁹⁵ MIQUEL GONZÁLEZ, JM: “*Comentarios al Código Civil*”: art. 392 y ss, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1993. Pág. 1069 y ss: “*La sociedad se define por el CC como un contrato, la comunidad no. Sociedad y comunidad no son incompatibles como lo demuestra el art. 1669; por la sociedad se puede constituir una situación de comunidad, pero no se identifican, aunque la sociedad no tenga personalidad jurídica. La sociedad puede tener o no personalidad jurídica.*”

⁹⁶ CAPILLA RONCERO, F: “*Derechos reales y derecho inmobiliario registral*” ... *cit.*, pág. 373.

respecto de la aplicación de las normas de la comunidad de bienes del CC. Partiendo del negocio de constitución de la Cooperativa, como base de ésta y de la comunidad inserta en ella, parece que bastaría éste, unido al llamado “documento o contrato de inscripción y adjudicación” de cada socio, en el cual se produce la inscripción del sujeto como socio de la Cooperativa, y como copartícipe en la comunidad. Así, desde que se aporta para un fin común⁹⁷ y se adquieren derechos y obligaciones conjuntamente, existe esta comunidad, pudiendo existir antes si se ha adquirido previamente el solar sobre el que se edificará.

Por lo que parece, aunque la constitución tenga lugar en el mismo momento⁹⁸, la Cooperativa es generalmente anterior a la comunidad, al promoverse con la finalidad de construir viviendas, y teniendo en cuenta que lo aportado en común y los actos que se realizan con relación a ello pueden ser posteriores. Ya sea en este momento o en el de la adquisición del solar, lo interesante es que tiene un origen. Para cada socio, la adhesión a la Cooperativa y a la comunidad se produce desde su inscripción, quedando obligados a cumplir con sus deberes de socios y los de aportación a la construcción de viviendas (que ingresa como cuota en la comunidad), simultánea a la aportación al capital social. La eficacia real de la comunidad de bienes se produce con la efectiva puesta en común de éstos, ya sea por la aportación de los mismos, o por la adquisición conjunta del solar. La

⁹⁷ NÚÑEZ IGLESIAS, A: “Comunidad e indivisibilidad” ... cit, pág. 178: “Existe comunidad ad aedificandum cuando diversas personas se unen para adquirir un solar o un terreno- si no lo tenían ya - para encargar un proyecto de edificio o urbanización para construir. Si los comuneros eran ya, con anterioridad a su decisión de construir, copropietarios del solar, su comunidad originaria habrá adquirido esta nueva naturaleza de comunidad ad aedificandum desde que hicieron ese propósito. En cualquier caso, la comunidad estará integrada originariamente por el solar o el terreno y, más adelante, como accesión al suelo, también por el edificio. Si antes de la compra se ha constituido un fondo común con las aportaciones, la comunidad habrá comenzado entonces.”

⁹⁸ TRUJILLO CALZADO, ME: “La constitución convencional de comunidades” ... cit, pág. 127 y ss. Como hace la autora, según su interpretación del supuesto de comunidad convencional, en principio, debe admitirse que la comunidad se origina en el momento de constitución de la Cooperativa. Los socios, aunque no interviniesen personalmente, son partes y reciben los efectos de la comunidad desde su ingreso en la Cooperativa.

Cooperativa, como figura asociativa, da lugar a la comunidad aneja a ella, sin que ambas se identifiquen⁹⁹, pudiendo ocurrir que el iter sea el siguiente, constitución de la Cooperativa (acuerdo respecto de la puesta en común) asumida por los socios que se inscriben en ella, y sucesivas aportaciones en régimen de copropiedad que dan lugar a la comunidad de hecho¹⁰⁰, o bien por la adquisición inicial de un solar a terceros.

También se suele hacer referencia, en el momento de inicio, a la división de la comunidad, mediante la constitución del régimen de PH. Con relación a la división de la cosa común no puede pensarse que se trata de una cosa inservible al uso o esencialmente indivisible (aplicando el art. 401 CC), porque en tal caso de comunidad forzosa, de “cosas que están unidas de tal modo que no es posible la división”¹⁰¹, los remedios para salir de la indivisión son la adjudicación a uno de los copropietarios o la venta a un

⁹⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M: “Comentarios al Código Civil...”art. 392 y ss... cit, pág. 37. Son dos figuras distintas, pero en íntima relación, lo que es posible aunque no debe confundirse: “La sociedad existirá desde que varias personas hayan convenido a comprar una cosa y aportar las cantidades necesarias para ello. Pero no hay comunidad desde que se celebre tal contrato, porque nada tienen en común los que lo celebraron, sino sólo pretensiones los unos contra los otros para que las aportaciones se verifiquen. La comunidad surgirá desde que compren la cosa, en cuanto al crédito por la entrega de la cosa; y la copropiedad sólo surgirá cuando la cosa les haya sido entregada, por tanto, mediante la tradición a consecuencia de la venta. Nadie pretenderá confundir el contrato de sociedad con el contrato de compraventa. En efecto, el contrato de sociedad es un contrato entre los socios, mientras que el contrato de compraventa, del que surge inmediatamente la comunidad en el crédito o mediatamente la comunidad en la propiedad (junto con la tradición), es un contrato entre los comuneros y un tercero. Esta diferencia es muy importante, porque la negación de la distinción por el origen se basa en un olvido de la misma.”

Otra cuestión diferente es si cuando varios compran conjuntamente una cosa, además del contrato con el tercero, hay que admitir que siempre existirá un contrato entre ellos. A primera vista pudiera parecer que sí; esto es, que siempre que dos o más personas compran en común se deben haber puesto de acuerdo previamente mediante un contrato. Sin embargo, el simple proceder de acuerdo no significa que hayan celebrado un contrato entre sí. Esto es, no siempre que varias personas adquieren conjuntamente una cosa se han obligado a tal adquisición entre ellas... Sólo si existe tal contrato es cuando debemos preguntarnos si existe o no existe sociedad... Comunidad y sociedad no son dos figuras incompatibles. No es sólo que el pacto rija antes que las normas de la comunidad o sociedad, lo que sólo es verdad en parte, sino que deben aplicarse las normas de la comunidad y de la sociedad. El problema es determinar en qué medida deben aplicarse unas y otras.”

¹⁰⁰ La dualidad ha sido planteada por algún autor en los supuestos de comunidad “ad aedificandum”, ya se entienda ésta con fin lucrativo o no. En el supuesto Cooperativo se produce la dualidad formada por la comunidad de socios que edifican para sí y la propia sociedad que constituyen al efecto, con gestión propia o ajena; NÚÑEZ IGLESIAS, A: “Comunidad e indivisibilidad” ... cit, pág. 178. En estos casos “Es bastante frecuente que la promoción de un edificio que se ha proyectado con varios departamentos no se haga por un empresario, sino por las personas que van a habitarlo, pensando en obtener el piso o local a un precio inferior al usual de mercado. A veces, éstas llegan a constituir, a tal fin, una cooperativa...”

¹⁰¹ BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J “La comunidad de bienes” ... cit, pág. 333 y ss.

tercero, según dispone el art. 404 del CC. La división de la "masa de gestión económica" esta sometida a un pacto de indivisión¹⁰² -pacto cuyos efectos son inherentes a la cuota-, o bien limitada por el destino cooperativo¹⁰³, o uso del objeto en comunidad, aunque el uso nos sitúa ante una cosa esencialmente indivisible; o división que se habrá realizado a

¹⁰² "Art. 400. Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común. Esto no obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo indeterminado, que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención."

La admisión de la baja por la Cooperativa está condicionada a la presentación de otro socio que sustituya al que cause baja. En caso contrario el socio no puede causar baja, y le son exigibles las obligaciones económicas que contrajo en relación a la construcción de la vivienda durante un plazo determinado en los Estatutos (art. 32.2º LGC). Así se suele expresar en los Estatutos de la Cooperativa, que obligan al socio, como ocurre en el supuesto de la STS 12-2-1987 (Juris. Civ. 63). Se basaría esta obligación del socio de continuar perteneciendo a la Cooperativa y contribuyendo a la construcción de la vivienda, en el pacto de indivisión sobre la comunidad. Exigir la devolución de lo aportado es equiparable a solicitar la división de la copropiedad. Sin embargo, transmitir la condición de socio a un tercero no implica división de la copropiedad sino transmisión de la cuota de éste, lo que se permite en general en materia de copropiedad (art. 399 CC), aunque al tratarse de un derecho personal la legislación cooperativa lo somete al requisito de que el sustituto sea admitido como socio (art. 50 LC -78 LGC- referido a la transmisión de las aportaciones al capital social).

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M: "Comentarios al Código Civil..." art. 392 y ss... cit, pág. 460. "Hay que entender que el pacto impide la acción de división y no que simplemente obligue a indemnizar para el caso de ejercitar la acción." También opina lo mismo y recoge otras opiniones doctrinales sobre la comunidad convencional, NÚÑEZ IGLESIAS, A: "Comunidad e indivisibilidad" ... cit, pág. 19 y ss.

Aunque la mayoría de la doctrina propone la eficacia real del pacto de indivisión, no todos los autores opinan lo mismo, afirmando que el pacto no impide la acción si un comunero ha transmitido su cuota a un tercero inter vivos, que no queda obligado por él. El tercero puede, en este caso, solicitar la división y perjudicar al resto, salvo que conociera el pacto al adquirir la cuota: MORENO TRUJILLO, E: "La indivisión voluntaria en las comunidades de bienes"... cit, pág. 141 y ss. Cita a ALBALADEJO y BELTRAN como exponentes de esta visión. En la pág. 151, la autora concluye que "en virtud del contrato de indivisión no se puede pedir la división porque se carece de la facultad atribuida a los comuneros en el 2º inciso del 1º párrafo del art. 400, y se carece de ella porque se ha realizado una abdicación temporal del ejercicio de la misma."

¹⁰³ También podría entenderse que se trata de un pacto de destino, analizado por NÚÑEZ IGLESIAS, A: "Comunidad e indivisibilidad" ... cit, pág. 84. En este pacto, "la colectividad formada por los comuneros puede, en cualquier momento, constituir la cosa común como medio para alcanzar un fin común, lo que es propiamente destinar... la vigencia de indivisión no depende de un plazo, sino absolutamente del destino. El destino es siempre la causa de toda indivisión pactada"

En la pág. 176 y ss analiza este autor, como supuesto de indivisibilidad económica en virtud de un destino económico no lucrativo, el caso de la comunidad "ad aedificandum" que puede ir unida a una Cooperativa. De ella manifiesta que "Tiene un origen voluntario, contará, lo más probablemente, con un pacto de indivisión (así como con un pacto sobre la división de la cosa futura). Pero, en caso contrario, hay que decir que el destino inherente a dicha comunidad bastará para excluir la acción divisoria, al amparo del artículo 401, en la interpretación que de él hemos hecho... El destino de esta comunidad procede de un acuerdo que puede ser expreso o tácito. El contrato entre los comuneros, referente a la construcción, es, como el de sociedad, un contrato plurilateral. la puesta en común del bien, que forma parte del contrato, no puede ser resuelta unilateralmente: el contrato que convive con la comunidad, y que aporta el destino, impide en cualquiera de los casos el ejercicio de la acción divisoria... Si ello no ocurre, no será posible el ejercicio de la acción divisoria hasta que el edificio no esté concluido. MUÑOZ DE DIOS lo dice de esta manera: aun cuando no hubiera pacto de indivisión, "podría impedirse el ejercicio de la acción de división antes de la terminación del edificio en esta comunidad, porque dado el objetivo clarísimo con que nace, lógicamente, si se divide, resulta inservible para el uso a que se destina, que es la terminación de la construcción para dotar a cada copartícipe de su propio piso" (pág. 153)

parte, mediante la escritura de propiedad horizontal, sometida a término o condición suspensiva¹⁰⁴, a la finalización del edificio. Así ocurre en los edificios en construcción, que durante este periodo de tiempo continúan en régimen de comunidad en este caso, o de propiedad del único dueño de la obra en otros. Algunos autores consideran que este es un supuesto de prehorizontalidad¹⁰⁵, pero no parece que éste sea el caso de las

¹⁰⁴ MUÑOZ DE DIOS, G: "Aportación de solar y construcción en comunidad" ... cit, pág. 56 y 57. Puede admitirse la existencia de una condición suspensiva, puesto que la construcción del edificio requiere un "verdadero esfuerzo y hasta una aventura por los múltiples factores que intervienen... A mayor abundamiento, la Jurisprudencia confirma claramente la postura... y acepta que el construir el edificio es un hecho futuro e incierto y que puede establecerse como condición suspensiva."

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales": dirigidos por M. ALBALADEJO, art. 392 y ss, LPH, tomo V, vol. 2º, Edersa, Madrid 1985, pág. 139: Ofrece resumidamente la opción del TS en S de 2-4-1971, respecto de la existencia, en los edificios en construcción, de una comunidad seguida de una propiedad horizontal desde el otorgamiento de título constitutivo, con la aplicación de este último régimen desde ese momento. "Aun cuando la tesis sustentada por el Tribunal Supremo ofrece un indudable realismo, no podemos por menos que hacer alguna observación a la misma, fundamentalmente la de si la finalidad perseguida desde un principio por los propietarios-construtores fue constituir un régimen de PH sobre el edificio o urbanización en cuestión, en tanto aquél o ésta se mantengan en situación de proyecto no habrá PH de iure más si de facto, razón por la cual nos inclinamos a considerar la posibilidad de que pudiéramos encontrar ante una situación jurídica interina semejante a las que la doctrina científica denomina expectativas de derecho, que en este caso podríamos llamar "expectativas de p. h.", situación a la cual, además de lo dispuesto en los artículos 392 y ss. del Código civil, serían de aplicación los 3 y ss. de la Ley 49 1960".

En las Cooperativas de viviendas, la pretensión es lograr una construcción en Cooperativa hasta el momento de entrega de la obra e individualización de viviendas y propietarios, en que se concierte el régimen de propiedad horizontal, aunque la Cooperativa continúe funcionando para ultimar algunas cuentas de la construcción y gestión del edificio. En las Cooperativas de viviendas entendemos que los socios, al aportar las cantidades para obtener la vivienda a la Cooperativa, sin entrar en el patrimonio de ésta, constituyen una comunidad que utiliza la persona jurídica cooperativa, de la que depende, para actuar, comunidad que dará paso a la PH.

También se refiere a la situación de prehorizontalidad, DE LA CÁMARA ALVAREZ, M: "La insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal" ... cit, pág. 69 y 70. Una de las fuentes principales a través de las que surge la situación de prehorizontalidad, "La segunda fuente tiene un marcado carácter asociativo. Las personas a quienes interesa ser copropietarios de un edificio en régimen de PH, bien para vivirlo, bien para explotarlo, actúan colectivamente y abordan directamente la construcción del inmueble. El vínculo asociativo puede articularse de diversas formas y los particulares unirse espontáneamente o merced a la gestión de un intermediario, que es el promotor de comunidades; pero, en cualquier caso, la actuación conjunta y directa de los copropietarios obedece a propósitos perfectamente claros y racionales: reducción del precio de costo y afán de contar con un edificio hecho más o menos a la medida de las aspiraciones de cada cual." Sin embargo, en páginas posteriores (74), afirma que la prehorizontalidad precisa para su inscripción en el Registro que el edificio esté comenzado para que se considere definido, y respecto a que la PH nazca sin título en los casos en que de hecho se den los requisitos para que la PH surja, que "en los casos de construcción en régimen de comunidad, no parece viable la PH si no se han concretado, al menos, los departamentos que han de pertenecer a cada interesado y se fijan las cuotas de copropiedad... En este caso, el otorgamiento del título constitutivo parece necesario, aunque, no es preciso que se formalice escriturariamente." En la página 109 reitera que si al adquirir el solar se otorga el título constitutivo, es decir el edificio está definido y se han concretado los pisos que han de corresponder a cada partícipe, el régimen aplicable es el de PH, y ello aunque la construcción se realice en comunidad. Dicha circunstancia no resuelve todos los problemas que se plantean durante la construcción del edificio, especialmente para determinar que se adquiere el solar en un único contrato, por todos los compradores como parte única, unidos mediante acuerdo o contrato plurilateral.

Cooperativas de viviendas, que persiguen la aplicación del régimen cooperativo durante el periodo de construcción de las viviendas. Esta cuestión deberá interpretarse nuevamente en base a la última redacción de la Ley de PH¹⁰⁶. Incluso puede ocurrir que el posible pacto de indivisión o la imposibilidad de dividir en un tiempo determinado venga exigida por la especial relación de la comunidad con la Cooperativa, y el objeto social de ésta, la construcción del edificio.

En caso de que admitamos el pacto de indivisión en la comunidad sobre la “masa de gestión económica”, se plantean dos problemas; el primero relativo al plazo de duración del pacto que se encuentra sujeto a un acontecimiento futuro, la construcción de las viviendas, acontecimiento que debe ser cierto para ser válido el plazo, puesto que el CC

Más claro al respecto es NÚÑEZ IGLESIAS, A: “Comunidad e indivisibilidad” ... cit, pág. 178, que distingue la posibilidad de constituir la propiedad horizontal interina o en expectativa, de la realidad del régimen de comunidad ad aedificandum cuando el edificio esté concluido. Por ello hasta su conclusión y entrega, el régimen es el de la comunidad inserta en la Cooperativa, y desde el momento en que sea efectivo el título constitutivo de la Propiedad Horizontal, cesaría la comunidad constituida para edificar. Se expresa el citado autor de la siguiente forma: “En el caso de que la intención de los comuneros sea otorgar, en su momento, título constitutivo de propiedad horizontal, surge la pregunta de si la comunidad ad aedificandum es, desde el principio, propiedad horizontal o si sólo lo es desde el otorgamiento de dicho título constitutivo. El Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de abril de 1971, consideró que tal comunidad es, en un principio, una comunidad ordinaria y que esa situación dura hasta el otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO opina que, en esa primera fase, se está en una situación interina, “semejante a la que la doctrina científica denomina expectativa de derecho, que en este caso podríamos llamar expectativa de propiedad horizontal, situación a la cual, además de lo dispuesto en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, serían de aplicación los 3 y siguientes de la Ley 49 1960”. Ahora bien, el momento de constitución de la propiedad horizontal puede adelantarse. No hace falta esperar a la terminación del edificio para hacer la división por pisos y otorgar el título constitutivo de la propiedad horizontal... Pero no creemos que la constitución de este régimen extinga la comunidad ad aedificandum hasta que el edificio esté concluido.”

MUÑOZ DE DIOS, G: “Aportación de solar y construcción en comunidad” ... cit, pág. 145. “Desde el punto de vista de la comunidad para construir, dependerá el nacimiento de la Propiedad Horizontal de la forma jurídica que adoptemos, y así, en la comunidad propiamente dicha romana podrá nacer al final, cuando ya esté construido el edificio y adjudicados los pisos a los comuneros, porque aunque existieran diversos propietarios lo eran en proindiviso y en la de Propiedad Horizontal ab initio, como su propio nombre indica será al principio.”

Según RAMS ALBESA J. en LACRUZ BERDEJO, J.L: “Elementos de Derecho Civil III”. Vol. 2º. LACRUZ, SANCHE, LUNA, DELGADO, RIVERO, RAMS y MENDOZA. Bosch, Barcelona 1991, pág. 532: El nacimiento de la PH requiere un título constitutivo, que precisa que se describan los pisos, se señalen las cuotas y se adjudiquen.

¹⁰⁶ Ley 8/1999 de 6-4 de modificación de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960.

BOCG. Congreso de los diputados. VI legislatura. Serie B. núm. 245-5, pág. 53 y ss. en que se recoge el texto aprobado definitivamente por el Congreso. el 25-3-1999. Así, el artículo segundo modifica el segundo de la LPH. y admite la aplicación de la Ley a “Las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396

habla de tiempo determinado -lo que no es válido en las Cooperativas puesto que la efectiva construcción es incierta-; y el segundo problema referido a la eficacia del pacto de indivisión, eficacia personal o real, ya que de ser personal se entiende que el incumplimiento del pacto de indivisión es posible y provoca sólo la indemnización de daños y perjuicios.

En el momento en que cesa este pacto o condición impuesto a los socios, una vez construidas las viviendas, se procedería a dividir la copropiedad¹⁰⁷, aplicándose las reglas del art. 396 del CC y de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960 a la que el primero se remite.

La construcción del edificio es cierta, y la eficacia del pacto puede solventarse olvidándonos de él -no parece claro que se trate de un pacto de indivisión, salvo que se entienda que se trata de una comunidad convencional que puede establecer el pacto de la forma que prefiera, en el caso de que se admita esta figura¹⁰⁸- y sometiendo la división a

del Código Civil y no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal", lo que supone que basta con que reúnan los requisitos del régimen para ser objeto del mismo.

¹⁰⁷ "Art. 401: ...si se tratare de un edificio cuyas características lo permitan, a solicitud de cualquiera de los comuneros, **la división podrá realizarse mediante la adjudicación de pisos o locales independientes, con sus elementos anejos, en la forma prevista por el art. 396.**"

¹⁰⁸ MORENO TRUJILLO, E: "*La indivisión voluntaria en las comunidades de bienes*" ... cit, pág. 160 y ss. Se muestra a favor de la comunidad convencional, cuyo origen es un contrato, y recoge la doctrina y jurisprudencia favorable y en contra TRUJILLO CALZADO, M: "*La constitución convencional de comunidades*" ... cit, pág. 39 y ss. Los argumentos aportados como favorables se fijan en que la comunidad puede surgir espontáneamente, por la Ley o por acuerdo entre las partes sin pactar necesariamente un acuerdo societario. En contra se afirma que la comunidad es una cotitularidad común, aunque un contrato sea título para su adquisición en algún caso en que surge con ocasión de él, junto a la Ley, mientras que la sociedad sólo se constituye mediante un contrato. Desarrolla la autora en pág. 63 y ss, que, si el contrato de constitución de la comunidad establece las condiciones de su funcionamiento se estará a éstas, mientras que si no dice nada se aplicará el régimen del art. 392 CC. Distingue también el contrato o acuerdo de constitución de la comunidad, del contrato que da lugar a la comunidad, por adquisición en su caso de un derecho u objeto por varios sujetos. Los elementos del contrato de comunicación de bienes vienen recogidos en las pág. 73 y ss: se obligan a poner en común bienes que pertenezcan individualmente a los comuneros, adquiridos antes o en breve plazo desde la constitución de la comunidad. Dicho contrato es plurilateral, formado por partes no antitéticas, que persiguen un interés o fin común (pág. 81 y ss). Además, según plantea en las pág. 91 y ss, es consensual, precisando sólo el acuerdo de voluntades, y siendo la entrega o puesta en común, cuestiones de la ejecución del mismo; es obligacional, consumándose y constituyéndose la comunidad mediante la traditio, comutativo por la relación de equivalencia entre la prestación (comunicación) y la contraprestación (cuota obtenida por cada uno), sinalagmático y causal de la atribución de la propiedad en común.

la condición de que la construcción se produzca, lo que en el fondo es similar al establecimiento de un plazo de indivisión, evitando los problemas citados que plantea éste. El supuesto cooperativo puede también considerarse sometido a una división en suspenso, por no perjudicar el valor del bien¹⁰⁹, en relación con lo cual no pueden olvidarse los límites al carácter absoluto de la división, planteados por BELTRÁN DE HEREDIA, MUÑOZ DE DIOS y, actualmente, NÚÑEZ IGLESIAS¹¹⁰, que son el abuso de derecho, la buena fe -unida al tiempo oportuno si la comunidad coexiste con la sociedad- y la oportunidad.

La división de la comunidad conlleva la posibilidad de atribución o adjudicación de las viviendas a cada socio con derecho a ellas. La individualización o reserva, y la adjudicación a favor del socio, se producen posteriormente a la inscripción como socio, durante el período comprendido entre ésta y la entrega de la obra a la Cooperativa y posterior obtención de la cédula de habitabilidad. La definición de la propiedad horizontal¹¹¹ y la concreción e individualización separada respecto de los propietarios

En el supuesto cooperativo el acuerdo de constitución se produciría tácitamente por la inscripción del socio en la cooperativa, y sería distinto de la adquisición de objetos en común, como el solar, pero no de la obligación de puesta en común de bienes o dinero para obtener las viviendas. En el negocio jurídico de constitución de la Cooperativa se prevé, la comunidad sobre la masa de gestión económica, y la regulación de algunos aspectos de la comunidad, cuyos efectos reales tendrán lugar en el momento de aportación del socio. A veces también se prevé la adquisición de objetos en común o la ratificación de la ya realizada, como unidad contractual expresada por la misma autora en pág. 67. Respecto a la posibilidad, ofrecida por la autora en la pág. 97 y ss, de que el contrato de comunicación de bienes sea accesorio o incluso auxiliar de otro, parece que, en caso de admitirse, éste otro sería el negocio jurídico de constitución de la Cooperativa.

Muchos autores no admiten la existencia de una comunidad convencional resultante de un contrato de comunicación de bienes, aunque en algún caso haya comunidades que se rijan por el acuerdo de los comuneros. Así, MIQUEL, SEGURA ZURBANO, J.M: *"Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa"* ... cit, pág. 36.

¹⁰⁹ NÚÑEZ IGLESIAS, A: *"Comunidad e indivisibilidad"* ... cit, pág. 116

¹¹⁰ MUÑOZ DE DIOS, G: *"Aportación de solar y construcción en comunidad"* ... cit, pág. 155 (en relación a la comunidad para edificar en que se produce el abuso de derecho si se ejercita la división). BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J: *"La comunidad de bienes"* ... cit, pág. 333 NÚÑEZ IGLESIAS, A: *"Comunidad e indivisibilidad"* ... cit, pág. 53 y ss.

¹¹¹ Es la Cooperativa quien suele intervenir en la redacción del título, cuyas modificaciones posteriores deben someterse al consentimiento unánime de los copropietarios, como así estima el TS en la S. 22-12-1993 (Ar. 10109), fundamento de derecho segundo. Según la STS 24-7-1995 (Ar. 5600), considerando primero, la Cooperativa está legitimada para otorgar escritura pública de división horizontal y Estatutos, al venir autorizada

son requisitos necesarios, tanto para la efectiva división de la comunidad en propiedad horizontal¹¹² -art. 396 y 401.2º del CC-, como para la adquisición de la propiedad de las viviendas por los socios con derecho a ellas, que será efectivamente transmitida mediante su entrega, generalmente coincidente con el reconocimiento de la Cooperativa, también llamado adjudicación, del que forma parte, sin que deba confundirse teóricamente con él la individualización o reserva-. Así, respecto de la división debemos hacer una referencia expresa al artículo 401 del CC, en el cual se prevé que *“si se tratare de un edificio cuyas características lo permitan, a solicitud de cualquiera de los comuneros, la división podrá realizarse mediante la adjudicación de pisos o locales independientes, con sus elementos comunes anejos, en la forma prevista por el artículo 396”*. Se trata de una división de la comunidad sobre el edificio ya existente en una situación estable, la propiedad horizontal. MIQUEL¹¹³ afirma que, aunque se planteen dudas en la doctrina

para ello por la posición jurídica parecida al promotor de viviendas, y por la autorización de los propios copropietarios.

¹¹² MIQUEL GONZÁLEZ, J.M: “Comentarios al Código Civil...”art. 392 y ss... cit, pág. 34. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M: “Comentarios al Código Civil”: art. 392 y ss. tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1993. Pág. 1108. Así se deduce de lo que afirma este autor en relación a la división de la copropiedad mediante la constitución de un régimen de propiedad horizontal (art. 401 párrafo II): *“El pár. II del art. 401, introducido por la Ley de 21-VII-60, resuelve el problema de si un edificio en régimen de copropiedad ordinaria puede ser dividido en la forma prevista por el art. 396, en régimen de propiedad horizontal, a consecuencia del ejercicio de la acción de división. La facultad de exigir la división, que otorga el art. 400, puede quedar satisfecha y agotada mediante la adjudicación de los pisos o locales en régimen de propiedad horizontal. ... Presupone la aceptación de que en la propiedad horizontal la propiedad separada de los pisos está suficientemente individualizada y arrastra consigo los elementos comunes... Es una forma de división material, pero no total, que ha dado lugar a que se considere que no hay propiamente división. Esto sólo puede ser acertado a ciertos efectos, pero no a otros, porque en realidad la acción de división ha quedado agotada. Para que proceda esta forma de división debe tratarse de edificios cuyas características lo permitan y que lo solicite alguno de los dueños.”*

Otro autores como DIEZ PICAZO, L. GULLÓN BALLESTEROS, A: “Sistema de Derecho Civil” vol. III... cit, pág. 89, manifiestan que *“ En el Derecho actual no es en cambio indivisible un edificio, pues la división puede hacerse estableciendo el régimen de propiedad horizontal o propiedad por pisos (art. 401, p.2º).*

¹¹³MIQUEL GONZÁLEZ, J.M: “Comentarios al Código Civil...”art. 392 y ss... cit, pág. 482-3. NÚÑEZ IGLESIAS, A: “Comunidad e indivisibilidad” ... cit, pág. 119: También se refiere al edificio como cosa compuesta, que si está en régimen de comunidad ordinaria, y *“no sea materialmente divisible (no pueda dar lugar a otros edificios autónomos), no se pasa necesariamente a la división económica, pues para los edificios existe una vía intermedia de división que es la división en propiedad horizontal. Sólo en el caso de que ésta tampoco sea posible, el edificio habrá de ser subastado. Para que un edificio en comunidad ordinaria sea dividido en propiedad horizontal, por el ejercicio de la acción divisoria, hacen falta dos requisitos, a tenor del artículo 401 (2º párrafo) del Código Civil: que las características del mismo permitan la adjudicación de pisos o locales independientes, conservándose en comunidad sólo ciertos elementos en la forma prevista en el artículo*

acerca de si en este caso hay división material o no, es claro que se produce la división de la comunidad siempre que se cumplan dos requisitos, un edificio que permita dicha división y la solicitud de un copropietario al menos. En resumen, el llamado “negocio de adjudicación” de la vivienda al socio tiene una eficacia dual y contradictoria sobre la “masa de gestión económica”, además de la propiamente cooperativa –inscripción como socio-, aceptando la constitución e inserción del socio en comunidad, y admitiendo la división de la misma en propiedad horizontal cuando el edificio exista, y en algún caso mencionando –aunque sin efectos todavía- la individualización o reserva del derecho del socio sobre un piso concreto. La adjudicación y entrega culmina el proceso de adquisición de la propiedad, que accederá al Registro¹¹⁴ –aunque estas cuestiones las trataremos más detenidamente en el apartado relativo a las fases cooperativas-.

La redacción del título constitutivo de propiedad horizontal, que suele producirse previamente o durante la propia construcción del edificio -aunque sus efectos se suspenden hasta el fin de la construcción, sujetos a la condición de que la construcción concluya-, contiene la descripción del inmueble y las cuotas de participación en que se divide; y es realizada por la Cooperativa, en representación de la comunidad de partícipes –que lo inscribe también en el Registro de la Propiedad-. La constitución del régimen de Propiedad Horizontal y la adjudicación de los pisos a los cooperativistas supone la división real y efectiva de la comunidad, división que formalmente existe en el

396. Y que lo solicite, al menos, uno de los comuneros; comuneros que puede ser el mismo que solicita la división, pero que puede ser cualquier otro.”

¹¹⁴ La existencia del edificio en régimen de propiedad horizontal, fruto de la división de la copropiedad sobre el mismo, es también objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, siempre que la construcción esté al menos comenzada, según el art. 8 L.H., lo que favorece la seguridad jurídica -no está claro si se considera comienzo el simple proyecto, comienzo técnico, o es preciso el inicio de las obras, comienzo de hecho-. Dicha inscripción puede haberse realizado respecto del solar en que se construye, haciendo constar los pisos proyectados. La inscripción del solar y edificio se realiza en nombre de la Cooperativa, lo que no es necesario al ser considerada representante (según dispone el art. 20 de la L.H.), salvo que se admita por criterios formales y de

momento de reserva o individualización de las viviendas respecto del edificio existente y entregado. Se trata de la construcción de un inmueble fraccionado en pisos que serán objeto de propiedades diversas¹¹⁵, aunque no interesa que los efectos de la división ni los de la adjudicación se produzcan al inicio de la construcción, porque la gestión y construcción del edificio se realiza en conjunto, para lo cual se constituye y utiliza la persona jurídica Cooperativa.

2.3.10. División de la comunidad. División de la comunidad y extinción de la Cooperativa. Distinción entre el acuerdo de división de la comunidad y la reserva o concreción de la cuota.

Esbozados el inicio y fin de la comunidad sobre la “masa de gestión económica”, y puesto que el inicio es claro, aunque difiera según los casos –responde al inicio de la propiedad común sobre aquella-, nos centraremos en la división de la comunidad –fundamento jurídico de la adquisición por cada socio del derecho de propiedad sobre la vivienda concreta-, especialmente su contenido y la distinción respecto de circunstancias cercanas que pueden confundirse con ella.

1. División de la comunidad y extinción de la Cooperativa

“Jurídicamente, puede decirse que es división aquel acto por virtud del cual vienen a coincidir la división material de la cosa y la extinción de la comunidad. La división, aunque es cierto que destruye la comunidad, no es menos cierto que, al propio tiempo, permite que se realice (actualizándolo y concretándolo) el contenido económico del

seguridad jurídica. La inscripción de la adjudicación viene expresamente reconocida en el artículo 2.3º de la propia LHI

¹¹⁵ ALBALADEJO, M: “Derecho Civil III”. Vol. 2º ...*cit.*, pág. 426. Dentro de la constitución del régimen de Propiedad Horizontal se citan como supuestos, entre otros: “*Por construcción de un inmueble, como fraccionado*

*derecho de cada copropietario.*¹¹⁶ La división de la comunidad¹¹⁷ es independiente, no sólo en el tiempo sino también en las circunstancias y objeto, de la liquidación y extinción de la Cooperativa -aunque en la práctica, ambas pueden coincidir-, por lo que no se aplica el art. 75¹¹⁸ LC -112 LGC- relativo a la adjudicación del haber social de la Cooperativa que se extingue, a la adjudicación de las viviendas de los socios.

La división de la comunidad es realizada por los órganos de la cooperativa en funcionamiento, o por la empresa gestora -delegada por los propios partícipes de la comunidad (como división consentida por los copartícipes, pero realizada por arbitradores, art. 402 CC) que son los verdaderos sujetos o partes de la división, de carácter plurilateral y unánime-, mientras que la liquidación de la Cooperativa se produce con el fin de extinguir ésta, en otro momento, y por los liquidadores nombrados al efecto. División y liquidación pueden coincidir, pero no tienen por qué hacerlo, son independientes, y los sujetos, la causa y la finalidad de cada una de ellas es distinta. La división de la comunidad tiene como fin la adquisición de la propiedad de las viviendas por los socios, mientras que la extinción y liquidación de la Cooperativa supone el final de la persona jurídica. Después de la división de la comunidad la Cooperativa puede extinguirse, o continuar administrando la nueva comunidad de propietarios, puede promover cooperativas con otra actividad entre sus socios, o nuevas promociones o

inicialmente en pisos que constituyan objeto de propiedades diversas; y porque un inmueble que sea copropiedad por cuotas de varios condueños, se divida entre ellos por pisos (CC, art. 401.2º)."

¹¹⁶ BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J: "La comunidad de bienes" ... cit, pág. 329.

¹¹⁷ BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J: "La comunidad de bienes" ... cit, pág. 326 y ss. Este autor cita como causas de extinción de la comunidad, las de extinción de la propiedad y las propias de la comunidad. Las de la comunidad se clasifican en subjetivas y objetivas. Subjetivas son la reunión en una sola persona de las cuotas, y la adquisición de éstas por un tercero. La división es causa objetiva.

¹¹⁸ El art. 75 de la Ley actual, que no se ve afectado por las enmiendas durante la tramitación parlamentaria, exige la satisfacción de las deudas sociales en primer lugar, antes de cubrir los fondos que la LGC había previsto en el 112. Tras las deudas sociales se pone en manos de la entidad federativa el importe del Fondo de Educación y Promoción, se reintegran a los socios las aportaciones y participación en Fondos de Reserva Voluntarios. El resto

fases de viviendas. Es destacable la especial relación entre la Cooperativa de viviendas inicial, formada por los socios, y la comunidad de propietarios en régimen de PH resultante¹¹⁹.

II. División de la comunidad: efectos, sujetos, forma.

La división de la comunidad es esencial como título de adquisición de la propiedad de las viviendas. La división se produce mediante la constitución del régimen de PH, por lo que deberá analizarse éste, el momento en que tiene lugar, los requisitos que precisa y sus efectos.

En orden a los **efectos** declarativos o constitutivos de la división la doctrina discrepa. MIQUEL¹²⁰ considera que la división tiene efectos declarativos por la consolidación del dominio, y de disposición sobre las partes no adjudicadas a cada copartícipe. La división produce una modificación del objeto del derecho. DIEZ PICAZO propone entender que *“el acto divisorio es un acto con un efecto extintivo respecto de una situación jurídica anterior, la de comunidad, y con un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos intervinientes. Puede por ello así quedan resueltas las cuestiones prácticas antes mencionadas ser calificado como un acto dispositivo y de verdadera atribución*

sobrante se pone a disposición de la Cooperativa, entidad federativa o confederación estatal de Cooperativa correspondiente, o del Tesoro público, para la promoción del cooperativismo.

¹¹⁹ La jurisprudencia ha afirmado claramente que la Cooperativa de viviendas y la comunidad de propietarios no son terceros civiles. Así, en la STS 10-10-1981 (JC 361), considerando primero, en relación al obligado cumplimiento por la comunidad de propietarios del contrato de compraventa de local de negocio celebrado entre la Cooperativa de viviendas y un tercero. Ha admitido la relación entre ambas, especificando que son entidades distintas con funciones distintas –no debemos olvidar la imperatividad del régimen de PH que limita las facultades de la Cooperativa-, como afirmó en la STS de 9-4-1996 (Ar. 2911), fundamento de derecho segundo, comentada por GONZÁLEZ CARRASCO, MA: “Comentario a la STS de 9-4-1996”, en C.C.J.C núm. 42, pág. 979 y ss. Sin embargo, el Tribunal parece admitir que la comunidad podría autorizar a la Cooperativa para actuar por su cuenta, circunstancia que en el supuesto de hecho es inexistente.

¹²⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M: “Comentarios al Código Civil...” art. 392 y ss., cit, pág. 495. En igual sentido BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J: “La comunidad de bienes” ... cit, pág. 359 y ss.

patrimonial."¹²¹. Admitiendo esta opinión, y aplicándola al supuesto cooperativo, la división extingue la situación de comunidad y modifica el derecho de los cooperativistas, copropietarios del edificio, que adquieren el derecho a una vivienda determinada. Ya en 1936 MARTÍN LÓPEZ¹²² afirmaba que *"la división, propiamente hablando, no es ni traslativa, ni declarativa, pues ni se adjudica otra cosa distinta de la que correspondía; ni, por otra parte, su efecto se reduce al simple reconocimiento de un derecho anterior. Lo que se hace con la división es cambiar o modificar un derecho impreciso en otro que se individualiza y concreta sobre bienes ciertos. Por ello, estima, que es un acto simplemente determinativo o especificativo de derechos."*

Los **sujetos** que intervienen en la división son los socios usuarios y necesariamente copropietarios¹²³, que otorgan el título constitutivo de la propiedad horizontal, en que se divide la comunidad. En el caso cooperativo, generalmente, los socios promotores, los órganos de la Cooperativa, o incluso la empresa gestora, otorgan formalmente el título de propiedad horizontal antes de su constitución definitiva, y lo someten al

¹²¹ DIEZ PICAZO, L: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Tomo III... *cit.*, pág. 922 y 930. La división convierte en propietario a cada socio de la parte adjudicada, entendiéndose que es la que ha poseído durante la indivisión: BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J: *"La comunidad de bienes"* ... *cit.*, pág. 359, 367 y ss. ALBALADEJO, M: "Derecho Civil III". Vol. 2º ...*cit.*, pág. 419.

En relación a la división, y relacionándola con las normas de la partición hereditaria, como el Código dispone en el artículo 406, también ésta ha sido calificada de declarativa, traslativa o modificativa, incluso de parte del proceso de adquisición, decantándose la doctrina más actual hacia la visión modificativa, puesto que concreta, especifica y subroga el derecho que se tenía. Así lo afirma DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M: *"Comentarios al Código Civil"*, Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid 1993, pág. 2511 y ss, en relación al art. 1068 del CC y VALLET de GOYTISOLO: *"Comentarios al Código Civil y compilaciones forales"*, dirigidos por ALBALADEJO, M. Edersa, Madrid 1989, tomo XIV vol.2º, pág. 447 y ss. Sobre esta cuestión también debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 440 del CC, y las precisiones que sobre el mismo aporta COCA PAYERAS, M: *"Comentarios al Código Civil"*, Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid 1993, pág. 1187 y ss y MARTÍN PÉREZ, A: *"Comentarios al Código Civil y compilaciones forales"*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART. Edersa, Madrid 1993, tomo VI, pág. 211 y ss.

¹²² Citado por BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J: *"La comunidad de bienes"* ... *cit.*, pág. 367.

¹²³ La división de la comunidad tiene como interesados a los partícipes en ella, los socios con derecho a vivienda que contribuyen al pago de ésta, quedando por supuesto excluidos aquéllos que causaran baja, o fuesen expulsados de la Cooperativa, con la consiguiente pérdida del derecho a la vivienda y transmisión de éste a otro socio, transmisión necesaria para que se produzca el reembolso de lo aportado al socio "saliente" en las condiciones establecidas por la Ley.

consentimiento de cada socio en el momento de su inscripción, por lo que realmente son los comuneros o copropietarios quienes dividen. Los órganos cooperativos que proceden a la división efectiva del objeto son meros arbitradores¹²⁴ de la división.

No hay acuerdo sobre el **momento y forma** en que nace el título constitutivo de PH y la consiguiente división de la comunidad, por la discrepancia doctrinal existente sobre el tema en general. Según ALBALADEJO¹²⁵ el título constitutivo no precisa forma solemne, ni siquiera escrita. Otros autores¹²⁶ estiman que requiere un documento privado o público, aunque también otorgan especial importancia a los presupuestos fácticos que

¹²⁴ DIEZ PICAZO, I.: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Tomo III... cit. pág. 931: entendiendo el arbitrador como el tercero que decide en cuanto a la formación de los lotes.

¹²⁵ ALBALADEJO, M.: "Derecho Civil III". Vol. 2º ...cit. pág. 428. Este autor hace referencia, incluso, al inicio de la propiedad horizontal desde que se enajena algún piso por documento privado, como afirma alguna sentencia. Esta posibilidad, aplicada a las Cooperativas de viviendas, nos hace ratificarnos en nuestra tesis de que la individualización o reserva de las viviendas tiene este efecto, si bien sin efectos automáticos por estar sometido al término o condición del fin de la construcción y la entrega de la obra.

¹²⁶ FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: "Comentarios al Código Civil...", LPH... cit. pág. 202 y ss. El título constitutivo es "aquel documento por virtud del cual ... constituye la propiedad horizontal, y en el que ha de hacerse constar necesariamente la descripción del inmueble en su conjunto, así como la de sus pisos o locales independientes, y la cuota de participación con que ha de contribuir cada propietario singular a los gastos y beneficios comunes..." en nuestra opinión, la constitución del régimen de p.h. ha de constar siempre documentalmente... También estimamos que deberá constar en escritura pública el "título constitutivo" cuando haya de producir efectos contra tercero... para nosotros, el "título" constituye uno de los elementos fundamentales de dicha figura, ya que sin él no puede surgir al mundo de las relaciones jurídicas... Ni la descripción del inmueble en su conjunto, ni la de sus distintos pisos o locales y sus anejos, ni la fijación de la "cuota de participación", constituyen en realidad el régimen jurídico de la institución, mereciéndonos más bien la consideración de supuestos de hecho de los que la Ley deriva o sobre los que la Ley construye el régimen jurídico de la p.h... Vamos, pues a inquirir qué requisitos requiere para su real y efectiva existencia la p.h., así como cuál sea el momento en que pueda considerarse que todos ellos concurren... Para operarse el nacimiento y válida constitución de dicho régimen se requieren los siguientes requisitos o condiciones: 1º Existencia de un edificio. 2º Que el mismo se encuentre dividido por pisos o locales. 3º Que dichos espacios sean susceptibles de aprovechamiento independiente, por tener salida propia a un elemento común del edificio o a la vía pública. 4º Que pertenezcan a distintos propietarios. 5º Que se haya otorgado el "título constitutivo." De estos requisitos, los cuatro primeros vienen a constituir lo que hemos llamado soporte de hecho o sustratum sobre el cual se va a constituir la p.h. y su régimen jurídico. Son, por tanto, meros "supuestos fácticos", a diferencia de lo que acontece con el 5, que, en nuestra opinión, cumple respecto de la p.h. la misma función que el reconocimiento del Estado respecto de las personas jurídicas, o la aprobación del Juez respecto de la adopción. Es, por tanto, este último requisito una especie de condición o supuesto iuris y no de facto, como los restantes. Por otra parte, estos cinco requisitos tienen, en nuestra opinión, el carácter de elementos esenciales. Consiguientemente, en tanto no concurren todos no puede decirse que la p.h. exista, al menos como régimen jurídico... Si partimos de lo que indicábamos en orden a los requisitos que esta propiedad debe reunir, es evidente que en tanto no exista un edificio dividido por pisos, alguno o varios de éstos pertenezcan a diversas personas y se haya otorgado el "título constitutivo", aquélla no puede constituirse."

se añaden al documento. Resumiendo¹²⁷ las distintas visiones existentes sobre esta polémica acerca del momento en que nace la PH: algunos autores consideran necesario el título formal de PH, otros permiten prescindir del título formal bastando con que sucesivamente se cumplan los elementos del mismo, existencia de pisos o locales como objetos jurídicos independientes, unida a la adquisición de alguno de ellos por un tercero al menos, o bien unida a la pluralidad de titulares, según otros. En los casos de edificios no concluidos, si el título ha sido otorgado formalmente y no se cumplen los presupuestos de hecho, algunos autores estiman que la situación es de prehorizontalidad, y ello por la importancia esencial que otorgan al título formal de constitución de la PH – ya vimos que el supuesto cooperativo es distinto¹²⁸-. Según la visión menos teórica, para el nacimiento del régimen de PH no basta el otorgamiento del título formal¹²⁹, siendo preciso que se den los elementos fácticos que dan lugar al mismo, pisos o locales independientes y adquisición de derechos sobre los mismos por varios titulares, al menos por uno de ellos. Vistas así las cosas, en el supuesto cooperativo el otorgamiento de título constitutivo formal se realiza tempranamente, en orden a lograr determinados efectos prácticos -como es la asociación o reunión de los socios o la solicitud de

¹²⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, JM: "Comentarios al Código Civil": art. 392 y ss, tomo I, Ministerio de Justicia. Madrid 1993. Pág. 1083 y ss. Resume este autor las diversas visiones sobre el nacimiento de la PH, en relación a si es preciso el título formal o basta con los presupuestos fácticos que dan lugar a la PH. Por su parte, manifiesta que *"La existencia de un título constitutivo de la propiedad horizontal no parece condición indispensable para aplicar el art. 396 y algunas disposiciones de la Ley especial. A la inversa su existencia tampoco parece suficiente condición para que el citado régimen se aplique cualquiera que sea el grado de desenvolvimiento del supuesto de hecho restante. En efecto mientras la propiedad de los pisos o locales esté en manos de un solo titular, aunque haya otorgado e inscrito el título constitutivo no se produce más que una modificación objetiva de su titularidad en el sentido que recae ahora sobre varios objetos en vez de sobre un único objeto... Pero la situación está preparada para que surja el régimen desde que alguien más adquiera dicha propiedad... Alguna relevancia tiene el título constitutivo junto a la existencia de características objetivas necesarias, pero si no hay pluralidad de sujetos no se aplica todavía la PH en su integridad. El supuesto de hecho de aplicación del régimen de la propiedad puede presentarse de modo sucesivo, reuniendo en diferentes momentos los elementos necesarios para su aplicación, pero mientras se completa se dan situaciones, en que va hay consecuencias de dicho régimen aunque limitadas a cierto aspecto..."*

¹²⁸ Sobre este tema, ver nota a pie 105.

¹²⁹ En relación a esta cuestión ya planteamos las novedades en PH, en nota a pie 106.

préstamo hipotecario-, pero el nacimiento de la PH, su constitución, se produce cuando se dan los elementos fácticos de la misma, existencia del edificio, dividido materialmente en pisos o locales reservados a cada propietario, concretándose así la cuota que corresponde a cada uno en la comunidad. La eficacia real de la PH, mediante la cual se divide la comunidad, se produce en el momento de adjudicación o reconocimiento de las viviendas a los socios y su entrega, que adquieren así efectivamente su propiedad.

III. Distinción entre el acuerdo de división de la comunidad y la formación de lotes.

Aunque generalmente se produzcan en el mismo momento, debe distinguirse el acuerdo respecto de la división de la cosa común, del acuerdo sobre la composición de los lotes que se adjudicarán a cada copropietario. La solución aportada por ALBALADEJO¹³⁰ es diferenciar el necesario acuerdo en la determinación de las viviendas (lotes), que generalmente se produce con la constitución del régimen de propiedad horizontal, del acuerdo de reserva general respecto de cada socio, que puede ser anterior o posterior.

En las Cooperativas de viviendas la conformidad con la división tiene lugar, en la mayoría de los casos, en el momento de incorporación del socio a la Cooperativa e inserción en la comunidad aneja a ésta. Dicha conformidad puede entenderse manifestada en ese mismo momento, con efectos respecto del orden de inscripción e individualización de la vivienda¹³¹, o en un momento posterior, en la Asamblea General de la Cooperativa

¹³⁰ ALBALADEJO, M: "Derecho Civil III". Vol. 2º ...*cit.*, pág. 415.

¹³¹ En este supuesto, de concreción e individualización de la vivienda en el momento de inscripción, pueden ocurrir dos cosas. Que se trate de una verdadera individualización, lo que nos sitúa ante el problema de una Cooperativa constituida eliminando el carácter dinámico e imprevisible de los entes societarios, como indica MUÑOZ DE DIOS, G: "*Aportación de solar y construcción en comunidad*" ... *cit.*, pág. 32. También puede ocurrir, y es lo más corriente, que la individualización no se haya producido, aunque "se venda" como tal, por lo que, como ya dijimos, el problema sería más bien de publicidad engañosa.

en la que además se concretan los pisos, por orden de antigüedad o sorteo¹³² -la concreción posterior a la inscripción, admitida por todos los socios, no afecta a la constitución de la comunidad y a su extinción pactada pero diferida en el tiempo-. No debe confundirse la conformidad con la división, de la conformidad con la individualización de las viviendas respecto de los socios. Así, el problema que se plantea si algún socio no está de acuerdo con la vivienda que le ha correspondido no es tal, puesto que se refiere a la determinación de los lotes, y no a la división en sí, admitida en el momento de inscripción.

Exceptuando algún caso, esta situación, bastante común en las Cooperativas que difieren la reserva efectiva de las viviendas en el tiempo aunque no lo digan expresamente (siempre dentro del período comprendido entre la inscripción de los socios y la entrega de la obra o la concesión de la cédula de habitabilidad), no debería plantear problemas, y ello porque el propio socio habrá admitido el criterio de reserva establecido en los Estatutos, criterio que suele ser lógico y no arbitrario.

En último término, el socio que no esté conforme con el “acuerdo de adjudicación” o individualización, con la reserva realizada y el lote que le ha correspondido, tiene dos opciones, impugnarlo o darse de baja. Podrá impugnar el acuerdo si ha hecho constar su oposición o su voto en contra o ha sido ilegítimamente privado de emitir su voto, en el caso de que el acuerdo sea contrario a los Estatutos o lesione, en beneficio de uno o varios socios, asociados o terceros, los intereses de la Cooperativa; o bien aunque haya votado a favor o se abstuviese, en el caso de acuerdos contrarios a la Ley, según prevé el art. 31 LC –art. 52 LGC–, que establece la nulidad para los contrarios a la Ley, y la anulabilidad para el resto. También podrá solicitar su baja voluntaria, como afirma el art.

¹³² Ver nota a pie 231 del capítulo III.

17 LC –art. 32 LGC, que sólo será justificada si el acuerdo de la Asamblea implica la asunción de obligaciones o cargas gravemente onerosas no previstas en los Estatutos o, en defecto de lo anterior, la baja injustificada.

Como vemos, son distintas realidades, la inscripción como socio coincidente con la admisión de la división de la comunidad, y la reserva o individualización -por división efectiva de la comunidad y concreción de las viviendas en el mismo momento-, aunque en algún supuesto parezca que son una. La reserva suele producirse en un momento posterior, durante la construcción de las viviendas, en cuyo caso se diferenciarán claramente la admisión de la división de la comunidad y la división efectiva mediante reserva o individualización posterior de la vivienda.

Resumiendo, la inscripción como socio conlleva la inserción en la Cooperativa y la inclusión en la comunidad para la construcción de viviendas, así como la admisión del régimen de propiedad horizontal futuro en que la comunidad se divide -pudiendo o no determinarse los lotes concretos de la comunidad-. La reserva de vivienda, que puede o no coincidir con la inscripción, concreta la vivienda respecto de cada socio, consentida por los demás partícipes; y ella unida a la finalización del edificio y su entrega hacen efectivo el régimen de propiedad horizontal, cuyo título formal habrá sido otorgado incluso al inicio de la vida cooperativa. La individualización o reserva es un elemento de la llamada adjudicación en sentido genérico, en que se resume el fundamento jurídico de la adquisición de la propiedad de la vivienda por cada comunero fruto de la división real y efectiva¹³³ –y que junto a la entrega supone la adquisición efectiva de la propiedad de la

¹³³ NÚÑEZ IGLESIAS, A: “Comunidad e indivisibilidad” ... *cit.*, pág. 180: “Con el otorgamiento, por los comuneros, del título constitutivo de la propiedad horizontal, la primitiva comunidad queda disuelta por la adjudicación a cada uno, en pago de su cuota, de uno o varios pisos o locales independientes con sus elementos comunes anejos (art. 401, párrafo 2º), viniendo a resultar una nueva comunidad sobre dichos comunes del edificio.”

vivienda-. El título constitutivo de PH es admitido en Derecho como división de la comunidad sobre el edificio, división que acompañada de la adjudicación de la vivienda al socio trae consigo la adquisición por el socio de la propiedad de su vivienda. La entrega material unida a la adjudicación en escritura pública transmite la propiedad de un bien que ya había sido reservado a su favor mediante el acuerdo privado de división realizado y admitido por los copropietarios, y la reserva o individualización que corresponde a cada uno de ellos.

Según la doctrina la división convierte a los copropietarios en propietarios exclusivos de la parte adjudicada a cada uno, entendiéndose que durante la indivisión ha poseído la parte que le correspondiera –en el momento de entrega de la obra, puesto que antes la posesión se encontraba en manos del constructor-. La división determina e individualiza el dominio, y es inscrita en el Registro de la Propiedad¹³⁴.

En la división los comuneros están obligados recíprocamente, en proporción a sus respectivas cuotas, al saneamiento de los lotes que se les adjudican por aplicación de las normas sobre partición de herencia -art. 1069 CC-. En base a esta norma, los defectos o deficiencias de alguna vivienda, tras su imputación a los terceros intervinientes en la construcción y a los gestores de ésta, deberán ser subsanados con cargo a todos los cooperativistas, aunque la Cooperativa se haya extinguido. Es interesante la aplicación de esta regla de la obligación de los condueños al saneamiento de la parte adjudicada a

HERNANZ CANO, L.: "Las comunidades de propiedad urbana". Colex, Madrid 1998, pág. 51: *"El título constitutivo – así llamado en el art. 5º de la Ley en su sentido formal – es el documento, normalmente notarial, en el que constan, según dijimos, las circunstancias de hecho y de derecho en cuya virtud nace y se configura la propiedad horizontal. Son esas circunstancias y no el documento – como apuntó BATLLE – las que dan vida a la figura, pero la existencia del título con todos los requisitos de la Ley, es la que determina la plenitud los efectos que a la propiedad de la casa por pisos atribuye la normativa específica."*

¹³⁴ Artículos 8 de la Ley Hipotecaria (Decreto de 8-2-1946) para la PH – inscripción del edificio, la PH y los pisos resultantes- , aplicables a este tipo de división de la comunidad de bienes previa, a la que se refieren en general también los art. 46, 49 y 50 del Reglamento Hipotecario (Decreto de 14-2-1947). Inscripción de la adjudicación prevista en el art. 2 de la L.H. En relación con la nota a pie 114.

cada uno, por lo que todos responden del estado en que se encuentren las cuotas de los demás, que es equitativa en el supuesto cooperativo, ya que el estado en que se encuentre la vivienda y las circunstancias que la rodean puede ser cuestión de suerte.

2.3.11. Titularidad de la masa de gestión económica. El retorno cooperativo.

Lo entregado por los socios para la obtención de los servicios cooperativos, en este caso la obtención de vivienda y lo adquirido con ello, constituye el patrimonio de la comunidad que surge, la llamada “*masa económica administrada y gestionada por la Cooperativa en interés de sus socios*”¹³⁵, independiente del patrimonio de cada socio (aunque cada uno de ellos tenga su cuota parte en él) y de la propia Cooperativa – doctrina admitida por el legislador común y autonómico-.

Según CHULIÁ las entregas¹³⁶ a la masa de gestión económica, entre otros, son fondos o capital propio por quedar afectados al riesgo y deudas de la empresa, aunque no integren el patrimonio de ésta. Esta afección a deudas o gastos contraídos en la producción de dichos servicios no debe confundirnos respecto de la masa, que no integra el patrimonio ni el capital social de la Cooperativa, ni pertenece individualmente a los socios, configurándose como una comunidad o copropiedad de los socios sobre los

¹³⁵ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: “*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*”: Tomo XX, vol. 3º... cit, pág. 168 y 186. Ver nota a pie 4 y capítulo II de la tesis.

¹³⁶ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: “*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*”: Tomo XX, vol. 3º... cit, pág. 186. Especialmente, respecto de la masa de gestión económica de la Cooperativa, el autor afirma que el socio “*no es acreedor, ya que sólo ostenta el derecho a la rendición de cuentas y liquidación por la Cooperativa. Las entregas – podría decirse – constituyen fondos propios. Aunque – a diferencia de las aportaciones a capital social – no ingresan en el patrimonio de la Cooperativa, no por ello quedan al margen del riesgo de pérdidas.*” Sin embargo, CHULIÁ considera la Cooperativa como una dualidad, que se manifiesta tanto en la forma de organización de una empresa determinada, como en su condición de persona jurídica titular del patrimonio invertido en la empresa. Dentro de las fuentes de recursos o fondos propios de la Cooperativa como empresa incluye el autor, 1. las aportaciones al patrimonio social dentro de las cuales sitúa las realizadas al capital social y las cuotas periódicas, 2. los recursos o excedentes generados con la actividad y 3. las entregas de bienes y servicios de los socios para la actividad cooperativa.

bienes o pagos aportados y adquiridos, que quedan sujetos a las condiciones contratadas con la Cooperativa¹³⁷, que los recibe, no como propietaria, sino para su gestión por cuenta e interés del socio, asumiendo el riesgo de lo aportado. Respecto de esta situación de copropiedad, hasta el momento no se ha pronunciado la doctrina cooperativista, que no ha analizado a fondo la relación jurídica entre la Cooperativa y el socio. FAJARDO GARCÍA afirma que la cuestión tiene especial relación con la naturaleza jurídica de la Cooperativa y la relación jurídica entre la Cooperativa y el socio¹³⁸. La autora estudia especialmente la masa de gestión económica, propiedad de los socios no de la Cooperativa -socios que asumen los riesgos de gestión y la pérdida o deterioro de ellos¹³⁹-, y su evolución en la legislación estatal general y de la CA de Valencia¹⁴⁰.

¹³⁷ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: "Comentarios a la Ley General de Cooperativas": Tomo XX, vol. 3"... cit, pág. 309: "Los bienes entregados por el socio para la gestión cooperativa y los pagos para la obtención de los servicios cooperativizados: 1º) no integran el capital social (no son "aportaciones al capital social", por lo que deben conservarse las expresiones genéricas de "entregas" y "pagos" (esto lo dice la norma); 2º) además, como principio general, no ingresan en el patrimonio social, sino que permanecen en el patrimonio del respectivo socio; 3º) que, no obstante, "están sujetos a las condiciones fijadas y contratadas con la Sociedad Cooperativa" (como dice la norma). En relación con el último punto, antes incluso de la promulgación de la LGC de 1987, apuntamos las líneas generales de una interpretación coherente con nuestro punto de partida: 1º) si nada se dice, la Cooperativa recibe las "entregas y pagos" no a título de propiedad, sino por cuenta e interés del socio, para la gestión cooperativa; 2º) si expresamente se pacta la compraventa, lo acordado prevalecerá sobre lo establecido en la Ley; 3º) si los bienes entregados se confunden con otros, habrá que entender también que la Cooperativa ha adquirido su propiedad." En las Cooperativas de viviendas, pienso que en ningún caso hay confusión porque en todo momento se tiene en cuenta la entrega del socio, y se conoce su cuantía y relación con el resto. En este sentido cita Chuliá a Fajardo García que manifiesta la confusión material de la aportado, que queda anotado en cuenta, por lo que el riesgo es de la sociedad (no su propiedad).

GOYENA SALGADO, FJ: "Consecuencias económicas derivadas de la pérdida de la condición de socio cooperativista". Asociaciones, fundaciones y Cooperativas. Cuadernos de Derecho Judicial. 1996. CGPJ, pág. 299. Al hilo de las consecuencias derivadas de esta pérdida, el autor distingue las de la participación social de otros supuestos, como es en las Cooperativas de viviendas las cantidades aportadas para las viviendas, admitiendo la individualidad de dichas cantidades. Según este autor no son objeto del derecho de reembolso al socio, lo que en caso de admitirse deja sin respuesta específica y sin protección al socio respecto de la devolución de dichas cantidades. No opina así en relación al reembolso en las Cooperativas de viviendas PAZ CANALEJO, N: "Baja del socio cooperador. Causas, clases y procedimiento". Asociaciones, fundaciones y Cooperativas. Cuadernos de Derecho Judicial. 1996. CGPJ, pág. 224.

¹³⁸ FAJARDO GARCÍA, G: "La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios" ...cit, pág. 85: "La cuestión, que está en estrecha relación con el problema de la naturaleza jurídica de la Cooperativa que tantas páginas de la literatura ha ocupado y con el problema de la naturaleza jurídica de la relación socio-cooperativa, del que se ha ocupado menos la doctrina, es de indudable importancia, sobre todo, por las trascendentales consecuencias que puede reportar para el régimen económico cooperativo." (el subrayado es mío).

¹³⁹ FAJARDO GARCÍA también manifiesta que el riesgo de las cantidades aportadas para la futura vivienda corresponde a la Cooperativa por aplicación del art. 1687, por la naturaleza fungible del dinero. En materia de riesgos se aplica el principio de "res perit domino", que en este caso es el socio. Sin embargo, dentro de las

También se ocupa de analizar, de forma específica, la titularidad de las entregas que integran la masa de gestión económica en algunos tipos de Cooperativas, las agrarias¹⁴¹, de consumo¹⁴² y por supuesto de viviendas.

En el caso de las Cooperativas de viviendas, afirma que la "masa de gestión económica" estaría formada por los pagos de los socios, anticipados o a cuenta de la vivienda a la que optan. Dicha masa es gestionada por la Cooperativa y responde de los gastos ocasionados por ella (gastos de construcción, de acreedores sociales de la Cooperativa), previstos o no. Respecto a la titularidad de la masa, analiza la autora la legislación actual, que hace referencia a la adjudicación de la Cooperativa al socio, y las opiniones doctrinales al respecto (socio promotor, mandato con representación indirecta entre la

aportaciones de cosas consumibles (fungibles según el art. 1687 CC) como es el dinero aportado por el socio para la construcción de viviendas, el riesgo de la cantidad aportada es soportado por la sociedad, pudiendo ser una aportación en uso o en propiedad. Se entiende, en este caso, según algunos autores como CAPILLA RONCERO, F: "*Comentarios del Código civil*", art. 1667... *cit.*, pág. 314 y ss) que, puesto que el género nunca perece, la sociedad debe al socio una cantidad igual a la que éste aportó. Se trataría de un derecho de crédito del socio frente a la sociedad –no olvidemos que la Cooperativa está formada por los socios-. Sin embargo debe tenerse en cuenta que cuando lo aportado permanece como propiedad del socio, si es algo no fungible, cierto y determinado, el riesgo sería del socio. FAJARDO GARCÍA considera aplicable a la Cooperativa de viviendas el criterio de las cosas consumibles, suponemos cedidas en uso no en propiedad, con el consiguiente riesgo de la sociedad. No se aplica por tanto el principio de que la cosa perece para el dueño, porque sino el afectado por el riesgo sería el socio.

¹⁴⁰ FAJARDO GARCÍA, G: "*La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios*" ...*cit.*, pág. 86 y ss. Hasta 1974 se afirmaba expresamente que era propiedad de los socios. Desde 1974 se afirma que no integra el capital social, sin aludirse a la titularidad de la masa, y así llega a nuestros días en la LC y las Leyes de las CCAA, a excepción de algunas de ellas. En pág. 90 y ss se refiere a la titularidad de las entregas.

¹⁴¹ En relación a las agrarias ofrece ideas interesantes que, aunque sólo sean aplicables a este tipo de Cooperativas, pueden ser útiles en otros casos, como el de viviendas. Así, distingue la propiedad de las entregas de productos realizadas, según la fase en la que nos encontremos, y según sean identificables todavía (permanecen como propiedad de los socios, embargables por los acreedores personales de los socios, respetando los derechos preferentes que sobre ellos tenga la Cooperativa) o no (pasan a ser copropiedad de los socios). Cuando se vendan el socio dejará de ser copropietario y pasará a ser acreedor potencial del valor obtenido por la venta (valor indeterminado a priori, que se concreta en el momento de su venta), actuando la Cooperativa frente a terceros como propietaria de los bienes, en nombre propio, pero por cuenta de los socios. La Cooperativa no es propietaria de la masa, porque de serlo (lo que se permite mediante pacto contemplado en los Estatutos en la Ley de la CA valenciana) nos encontraríamos ante una venta o transmisión patrimonial de la Cooperativa al socio, asumiendo ésta las funciones de un intermediario mercantil, fijándose el posible precio de los productos a priori, precio que luego será revisado. Esta posibilidad nos sitúa en un supuesto similar al regulado por la legislación francesa, e incluso la italiana, que parten de que la Cooperativa adquiere la propiedad de lo entregado por los socios, y actúa como un intermediario mercantil, por lo cual acuden a los contratos de cambio como explicación de la relación de entrega de bienes de la Cooperativa al socio.

Cooperativa y el socio, con adquisición directa por los socios de las viviendas, y Cooperativa como gestor administrativo y representante civil de los socios), manifestándose a favor de la adquisición de la titularidad de la vivienda por el socio como cuota que le corresponde al ser anterior copartícipe de la titularidad sobre la masa de gestión económica, y actuando la Cooperativa como representante, gestor e instrumento coordinador.

En la relación entre la masa de gestión económica en las Cooperativas de viviendas y la propia Cooperativa, se estudian y distinguen¹⁴³ los ingresos cooperativos, correspondientes a la actividad con los socios, de los extracooperativos en la relación con terceros no socios. Respecto de los primeros, que configuran la "masa de gestión económica", constituyen ingresos las cantidades aportadas por los socios, a cuenta del precio de la vivienda, y son gastos los ocasionados en la construcción y gestión, en función de los cuales se obtiene el resultado cooperativo, o excedente. Este resultado puede ser positivo y destinarse a retorno a favor de los socios, o negativo como pérdidas que repercuten también en ellos. Las aportaciones a la comunidad se conocen y concretan cuando se conozca el coste total de la vivienda, momento en el cual el exceso aportado por los socios les será devuelto, y en caso de defecto o pérdida deberán soportarlo. El régimen del resultado y sus efectos sobre el coste de la vivienda viene regulado en la LC, art. 58 y 59 -art. 84, 85 y 87 LGC- que hace referencia al excedente que da lugar al retorno cooperativo, o las pérdidas a las que contribuyen los socios.

¹⁴² En las Cooperativas de consumo, es la propia Cooperativa la que adquiere los bienes con su patrimonio a terceros, adquisición que es una compra en común de los bienes por los socios, individualizándose después el conjunto de bienes que corresponde al socio.

¹⁴³ FAJARDO GARCÍA, G: *"La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios"* ...cit, Tesis doctoral, pág. 112 y ss.

También alude¹⁴⁴ a la distinción entre ingresos por gastos de gestión y administración, de ingresos para la construcción, o entregas en concepto de precio de las viviendas. Analiza en concreto el excedente cooperativo¹⁴⁵, obtenido en la actividad con los socios -distinto del beneficio en actividad con terceros que ingresa en el patrimonio cooperativo irrepartible-, cuyo reparto es decidido por la Asamblea, en forma de retorno, proporcional a la participación de los socios. El derecho del socio al excedente repartible es un derecho concreto, en función de la participación en la actividad cooperativa de cada socio, pero no absoluto, entendiéndose que existe una limitación a la capacidad de la Asamblea que no podrá privar de él de forma total o absoluta, sino sólo por causas de gravedad suficiente. Las pérdidas cooperativas –o los costes de la vivienda-, resultado de la diferencia entre los ingresos y gastos cooperativos, también repercuten sobre el socio aunque su existencia no tiene porque implicar necesariamente desventaja cooperativa, puesto que la desventaja deberá analizarse respecto del precio de mercado de los mismos bienes. Con relación a la consecución de la ventaja cooperativa respecto del mercado, existen distintos sistemas de gestión cooperativa. Según CHULIÁ¹⁴⁶ debe diferenciarse si la ventaja se otorga inmediatamente, de forma diferida, o es una mezcla de ambas. La práctica de las Cooperativas de viviendas en España opta por un sistema de ventaja principalmente mixta -determinada al inicio de la gestión y revisable en el momento de

¹⁴⁴ FAJARDO GARCÍA, G: *“La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios”*. Tecnos Madrid 1997. Tesis doctoral, pág. 136. *“En las Cooperativas de viviendas, normalmente los pagos que van realizando los socios a cuenta de sus viviendas no se reflejan contablemente como ingresos del ejercicio, sino que se ingresan en una cuenta destinada al pago de los costes de la construcción. Los ingresos de ejercicio son las cantidades que abona cada socio para el pago de los gastos de administración y gestión que realiza la cooperativa. Por tanto, cuando lo entregado por el socio para el pago de su vivienda no es suficiente para cubrir los gastos habidos en la construcción, no se habla de pérdidas ordinarias cooperativas, sino de la necesidad de realizar nuevas entregas en concepto de precio de la vivienda.”*

¹⁴⁵ FAJARDO GARCÍA, G: *“La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios”* ...cit, pág. 155 y ss y 182 y ss.

¹⁴⁶ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: *“Comentarios a la Ley General de Cooperativas”*. Tomo XX, vol. 3º... cit, pág. 333.

entrega de las viviendas-, o diferida en algunos casos. El resultado de la ventaja mixta es que el precio o participación del socio se determina "a priori" según el coste aproximado de la vivienda, y es revisado en el momento de entrega de la obra, o después.

La figura del retorno cooperativo, íntimamente relacionada con la vivienda en las Cooperativas de esta clase, constituye una de las principales distinciones entre sociedades y Cooperativas. CHULIÁ¹⁴⁷ lo analiza exhaustivamente en su comentario al artículo 85 LGC, cuyas líneas generales se mantienen en la LC. En las Cooperativas, los socios obtienen un "beneficio" directo, la ventaja mutualística, directamente, sin pasar por el patrimonio cooperativo, puesto que esta renta no es social; frente a las sociedades, civiles o mercantiles, en las que el socio persigue obtener beneficios a través de la sociedad –dividendos-, previo paso por el patrimonio social como fin social, beneficios que son indirectos. La distinción entre retorno y dividendos se produce por varias razones: el origen, operaciones con socios o con terceros; la forma de distribución, sobre la base de la actividad cooperativa o del capital; y la inexistencia en el caso del retorno pero no así del dividendo, de un beneficio social, realizado en el patrimonio social.

El retorno cooperativo, fruto del excedente positivo, puede tener las siguientes aplicaciones: ser distribuido en efectivo al patrimonio individual de cada socio, capitalizarse como fondos propios de la Cooperativa y quedar a su disposición, o aplazarse su distribución quedando como un fondo ajeno temporal. El derecho o no al

¹⁴⁷ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: "Comentarios a la Ley General de Cooperativas": Tomo XX, vol. 3"... cit, pág. 349 y 350. El autor manifiesta que " El excedente cooperativo se distingue del beneficio social por el hecho de que procede de la masa de gestión económica cooperativa, integrada por entregas de productos, prestaciones de servicios y pagos que el socio ha hecho para participar en la actividad cooperativizada sin perder la "propiedad" sobre ellos, ya que la Cooperativa gestiona la colocación de estos recursos en el mercado (con fines de producción o de aprovisionamiento) por cuenta o interés de los propios socios, que actúan conjuntamente a través de aquella. De ello dará cuenta con la debida claridad la contabilidad de la Cooperativa".

retorno por el socio es discutido, encontrándose opiniones a favor¹⁴⁸ y en contra de éste. CHULIÁ mantiene que no existe este derecho subjetivo, y el socio no puede exigir judicialmente que se le conceda. Sin embargo, una vez acordado por la Asamblea, hay que mantener que existe un derecho de crédito del socio frente a la Cooperativa.

La idea de retorno, excedente positivo para el socio, o en caso contrario la asunción por éste de las pérdidas¹⁴⁹ en la actividad cooperativa –o gastos sobre su vivienda- que corren a cargo de los socios en proporción a la actividad cooperativizada, contribuyen a argumentar la independencia de la masa de gestión económica.

Concluyendo, y admitiendo la visión de VICENT CHULIÁ y FAJARDO GARCÍA, la titularidad de las entregas de los socios para la construcción de las viviendas pertenece a la comunidad de socios usuarios, y pasa a formar la “masa de gestión económica”. La Cooperativa en ningún momento ostenta la titularidad real sobre la masa, únicamente la gestiona mediante la formación de voluntad común, y la organización de las sucesivas fases por las que atraviesa el socio cooperativo hasta llegar a ser propietario individual de su vivienda, asumiendo además la representación de los socios frente a terceros.

2.3.12. Adquisición de la propiedad de las viviendas por los socios.

La hipótesis que estamos analizando es la que mejor se adapta a las circunstancias de las Cooperativas de construcción de viviendas en nuestro país, con la unión en el mismo momento y documento de la constitución de la Cooperativa y la comunidad, y de la

¹⁴⁸ MATEO BLANCO, J: “*El retorno cooperativo*”. Institución F. El Católico y Caja Rural de Zaragoza, 1990, pág. 167 y ss, y 221. Afirma que el retorno es una prolongación de la propiedad debida a los socios, no participa del carácter de dividiendo, ni es objeto de una relación de compra-venta, no puede considerársele por lo tanto como un fruto ni como capital inmobiliario.

¹⁴⁹ Recaen sobre la comunidad, y en último término sobre el socio individual, las pérdidas derivadas de pagos en la relación con terceros, y las provisiones por responsabilidad contractual y extracontractual frente a terceros con relación a la vivienda construida -aunque durante la construcción es la Cooperativa quien actúa y responde frente a terceros por ser representante en nombre propio por cuenta ajena-.

división de ésta diferida en el tiempo, sometida a condición o plazo o pacto de indivisión, o simple división en propiedad horizontal efectiva cuando finalice la construcción de las viviendas. Así, el título de adquisición de la vivienda de cada socio es originario, dentro de un supuesto de autoconstrucción colectiva, aunque no material.

Según las reglas de nuestro ordenamiento jurídico, en materia de adquisición de la propiedad es preciso un fundamento jurídico o título y la tradición o modo de realización efectiva de la enajenación¹⁵⁰, esquema no necesario para los supuestos de adquisición originaria de la propiedad pero que se aplica a ellos. En las Cooperativas el fundamento jurídico de la adquisición originaria de la propiedad de la vivienda concreta es complejo, y viene determinado por la situación de copropietario de cada socio—por compra del solar y aportación en común—, por la adquisición de la propiedad del edificio construido por un tercero —mediante contrato de obra, (la adquisición de la propiedad del edificio podría ser el resultado de un supuesto de accesión¹⁵¹ pero, sin embargo, el edificio ha sido construido por la empresa constructora, contratista respecto de la comunidad como dueña de la obra, representada por la Cooperativa designada como tal y dueña del solar.

¹⁵⁰ CUENA CASAS, M: "*Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*". Bosch, Barcelona 1996, entre otras en pág. 525 y ss, manifiesta que los elementos son el negocio jurídico, y la tradición en que debe concurrir el poder de disposición, la intención de disposición, la capacidad para disponer y la transferencia de la posesión —aunque esta última no es necesaria—. Entiende la autora que la tradición es algo más que el traspaso de la posesión. En el caso cooperativo existe poder de disposición de los propios socios e intención manifestada en la relación de éstos con la Cooperativa, además de capacidad de los mismos, estando legitimada la Cooperativa a intervenir en los actos de transmisión como representante. Además en la mayoría de los casos se entrega la posesión en el momento de reconocimiento en escritura pública, por lo que es efectiva la adquisición de la propiedad de la vivienda.

¹⁵¹ FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M: "*Comentarios al Código Civil...*", LPII, ... *cit*, pág. 212. Se podría entender que la adquisición es originaria, por accesión del edificio al suelo propiedad de la comunidad. Se produciría una accesión por edificación, adquirido por la comunidad, que posteriormente resulta una comunidad de propietarios, por división de aquella con la constitución del régimen de Propiedad Horizontal: ALBALADEJO, M: "*Derecho Civil III*". Vol. 2° ...*cit*, pág. 307 y ss.

Expresándose a favor de la accesión se muestra DIEZ PICAZO, L: "*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*". Tomo III... *cit*, pág. 262 —puesto que el constructor, dice, es un intermediario en la construcción—, aunque la excluya de los modos de adquirir la propiedad (DIEZ PICAZO, L. GULLÓN BALLESTEROS, A: "*Sistema de Derecho Civil*". Vol. III... *cit*, pág. 175). La incluye como modo de adquirir ALBALADEJO GARCÍA, M: "*Derecho Civil III*". Vol. I°... *cit*, pág. 136.

lo que excluye la aplicación de esta figura¹⁵²) y por la división de la comunidad sobre el edificio, en propiedad horizontal, con la consiguiente adjudicación al socio de la vivienda que le corresponde –adjudicación o reconocimiento de dicha propiedad como efecto de la representación realizada, de la división de la comunidad, y como acto debido resultante del negocio jurídico de constitución de la Cooperativa. La entrega de la vivienda y la adjudicación de la misma en escritura pública equivale al modo, aunque la Cooperativa no sea propietaria sino representante¹⁵³, equivalencia que es aceptada en materia de adquisición originaria por ALBALADEJO¹⁵⁴, frente a DIEZ PICAZO¹⁵⁵ que

¹⁵² ALONSO PÉREZ, M. “Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales”, dirigidos por M. ALBALADEJO. Edersa, Madrid 1990, tomo V. Vol. 1, pág. 326 expresa la visión de la jurisprudencia que estima que “el artículo 358 del Código Civil... y las demás que disciplinan la accesión no afectan –salvo por analogía– a las hipótesis de relaciones jurídicas establecidas en el ámbito de derechos de obligación (v.gr. arrendador-arrendatario, etc.) o derechos reales (nudo propietario-usufructuario, por ejemplo), que tienen normativa específica... Las normas sobre accesión se aplican en los casos en los que quien planta, edifica o siembra no está vinculado con el dominus soli por una relación obligatoria o real disciplinada por normas específicas”, en pág. 335: “en la propiedad horizontal los pisos o locales tienen una titularidad que, si bien arranca de la del suelo, no deriva jurídicamente del mismo”. Opinión similar es la manifestada por LÓPEZ VILAS, R.: “Comentarios al Código Civil”: art. 353 y ss., tomo I. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1007 y ss, que reitera literalmente lo anterior, y recoge la opinión de ALBALADEJO como favorable a ello, y la de DIEZ-PICAZO como discrepante, en el sentido de compatibilizar las normas reguladoras de cada figura con las de la accesión, adoptando una postura intermedia, favorable a la regulación según las normas de cada figura, sin perjuicio de la compatibilización con las de la accesión cuando resulte viable.

¹⁵³ Y ello aunque el verdadero dueño no sea parte en el negocio obligatorio – lo que no ocurre en el caso cooperativo- ni efectúe la tradición, como resultado de la representación. En virtud de ésta puede ocurrir que el verdadero dueño no es parte en la relación obligatoria –no lo es el socio en la relación con terceros, pero sí en la división de la comunidad en PII-, y que la tradición la efectúe la Cooperativa, que no tiene la propiedad. Lo anterior se produce como resultado de la *autorización a la disposición ajena sobre cosa propia*, en un sentido similar al expresado por MIGUEL GONZÁLEZ, J.M. “Comentarios al Código Civil”: art. 609., tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1993. Pág. 1543 y ss: “Completamente distinta es la autorización a la disposición ajena sobre cosa propia del que dispone, porque no entraña una disposición del que autoriza. En el mandato para comprar, el mandatario es parte en el negocio obligatorio y sin embargo, conforme a la doctrina dominante, no adquiere la propiedad, quizá porque el mandato determina que adquiera la posesión en concepto distinto al de dueño... todo ello pone de relieve al menos la necesidad de perfilar las relaciones entre el negocio obligatorio y la transmisión que no parecen en absoluto dominadas por el principio de que en el contrato radica toda la energía traslativa.”

La entrega es tradición si se trata de un Derecho Real poseible. Partiendo de la entrega como traditio, se admite en general la equivalencia de la escritura pública con ella en los casos de inmuebles, y la entrega de llaves con el fin de que se utilicen por su propietario: GARCÍA CANTERO, G. “Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales”, dirigidos por M. ALBALADEJO. Edersa, Madrid 1980, tomo XIX, pág. 182 y ss. GARCÍA CANTERO, G. “Comentarios al Código Civil”: art. 1462 y ss., tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993. Pág. 910 y ss. LACRUZ expone que la escritura pública equivale a la tradición por un fundamento práctico, aunque parte de la doctrina estime que es preciso, además, la entrega de la posesión: LACRUZ BERRIOJO, J.L.: “Elementos de Derecho Civil III”. Vol. 1°. LACRUZ, SANCIO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS. Bosch, Barcelona 1990, pág. 216 y ss.

¹⁵⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M. “Derecho Civil III”. Vol. 1... *cit.*, pág. 137, en que incluye a la adjudicación como modo de adquisición “adjudicación por acto de la autoridad (judicial o no), en los casos en que proceda”.

manifiesta que en los juicios divisorios de cosas comunes no es preciso traditio. En el supuesto cooperativo, existe y es exigible tanto la entrega como la adjudicación.

El fundamento jurídico es complejo, por lo que incluso podría entenderse que el título por el cual se transmite la vivienda es el llamado "negocio jurídico de adjudicación"¹⁵⁶ entre la Cooperativa y el socio, de considerarse éste como negocio jurídico independiente –según lo expresado en el capítulo II en la teoría del acto debido-. En tal sentido puede entenderse como expresión o resumen del fundamento jurídico complejo del que hablamos: comunidad y división –también puede resumir lo dicho aunque se califique de “acto de adjudicación”-. Ello porque el documento privado de “inscripción y adjudicación” recoge el ingreso del socio en la sociedad cooperativa y admite su participación en la comunidad con la cuota que le corresponda, así como la extinción de la misma por división en viviendas individuales cuya propiedad será transmitida más adelante, y valorada según su coste real.

Vemos, por tanto, que la adquisición de la propiedad de la vivienda exige la concurrencia de varios elementos que se logran en momentos distintos de la vida cooperativa. De una

ALBALADEJO GARCÍA, M: “*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*”: art. 609, tomo VIII, vol. 1º. Edersa, Madrid 1987, pág. 12, expresa que en subasta se exige la adjudicación en lugar de la tradición, como expresa el TS en algunas Sentencias, como la de 18-6-1930 (Juris. Civ. 50), considerando tercero, aunque en este caso también lo considere título. O la de 22-3-1946 (Juris. Civ. 19), considerandos segundo y tercero, en que equipara el remate al título de venta, y la expedición del testimonio a la entrega de la cosa. También la de 16-5-1946 (Juris. Civ. 67), considerando segundo, en que afirma que el testimonio del remate o adjudicación es título bastante para la inscripción en el Registro de la propiedad de los bienes, puesto que el testimonio sustituye a la escritura pública, también la de 22-3-1954 (Juris. Civ. 38). Así el título o fundamento jurídico sería el remate, el auto judicial de adjudicación, y el modo el testimonio que de él se saca, recogidos en el art. 2051 y 2052 de la LEC.

¹⁵⁵ DIEZ PICAZO, L: “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”. Tomo III... *cit.*, pág. 768. Así lo expresa en el estudio de la teoría del título y modo, y ello aunque en la pág. 930 se manifieste a favor de la división como acto de verdadera atribución patrimonial.

¹⁵⁶ GÓMEZ APARICIO A.P: “*Análisis de los aspectos financieros de la Sociedad Cooperativa de viviendas en España*” ... *cit.*, pág. 82. En relación a la transferencia de la propiedad, la autora se adhiere a la tesis de AGUILAR GARCÍA: “*Se plantea en primer lugar el caso de las viviendas destinadas a la propiedad individual de sus socios. Por esta operación la cooperativa no va a obtener ningún ingreso, puesto que no va a vender las viviendas terminadas a los socios sino simplemente adjudicar las viviendas que ya eran de su propiedad, no*

parte, la constitución de la comunidad sujeta a la posterior división del edificio en viviendas determinadas – mediante el título formal constitutivo de PH que suele redactarse antes de comenzar la construcción- que precisa para ser efectiva la existencia y entrega del edificio, y la configuración de las viviendas como propiedad separada, con dueños distintos y diversos, no únicos¹⁵⁷ - es elemento objetivo de la división la constitución material de la división en propiedad horizontal, y elemento subjetivo, la división de la comunidad sobre lo aportado entre los socios según las cuotas de éstos y la atribución o reserva a cada uno de ellos de la vivienda que le corresponde-.

Sin entrar en la polémica citada¹⁵⁸ acerca de la naturaleza de los actos divisorios, como traslativos o puramente declarativos, y puesto que es evidente que la división altera la situación jurídica anterior dando paso a un derecho distinto del que tenía cada partícipe, debe admitirse la opinión de DIEZ PICAZO y GULLÓN¹⁵⁹ a favor del efecto extintivo de la comunidad y modificativo del derecho de cada uno de los sujetos, lo que permite considerarlo como un “acto dispositivo patrimonial”. La división en propiedad horizontal

produciéndose una venta con un margen, sino simplemente una asignación - adjudicación - de la vivienda a cada miembro en el momento en que es posible hacerlo, y según los criterios previamente establecidos.”

¹⁵⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, JM: “Comentarios al Código Civil”: art. 392 y ss, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1993. Pág. 1082 y ss. en particular los supuestos de hecho de la propiedad horizontal. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M: “Comentarios al Código Civil...”, LPII. ... cit, pág. 209. Este autor afirma que, en el caso de edificios en proyecto la situación es realmente una expectativa del derecho de propiedad horizontal como “situación jurídica interina”, mientras que si el edificio está en construcción puede otorgarse el título constitutivo, e inscribirse el edificio en el Registro de la propiedad, aunque hasta que los pisos no pertenezcan a diferentes propietarios no hay propiedad horizontal, matizando que “*aunque falte alguno de los requisitos que operan el nacimiento del derecho no impide que puedan admitirse algunos efectos provisionales, no creemos que haya inconveniente en que aun antes de iniciarse la venta de los pisos puedan comenzar a producirse determinados efectos.*”

¹⁵⁸ Ver nota a pie 121.

¹⁵⁹ DIEZ PICAZO, I.; GULLÓN BALLESTEROS, A: “Sistema de Derecho Civil” vol. III., cit, pág. 89: “*Nos parece por ello que el acto divisorio es un acto con efectos extintivos respecto de la situación de comunidad, y con un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos. Puede por tanto - y así quedan resueltas las cuestiones prácticas implicadas en el tema de la naturaleza jurídica - ser considerado como un acto dispositivo patrimonial. La jurisprudencia tiende a resaltar la naturaleza dispositiva de la división y su finalidad de adjudicación específica al comunero (Ss. de 17 de abril de 1986 y 4 de julio de 1988).*”

del edificio común da lugar a la adquisición originaria, no derivada, de las viviendas, ya que se modifican los derechos de los partícipes.

La adquisición de la propiedad de la vivienda por el socio es el resultado de la adjudicación de la misma por la Cooperativa –entendida como negocio jurídico si se quiere dar a éste especial entidad, o como acto debido–, con base en la obligación contraída en el negocio jurídico de su constitución, en la representación indirecta que le obliga a reconocer la propiedad del socio y como división de la comunidad sobre la “masa de gestión económica” y concreción e individualización de las viviendas, junto con su posterior entrega (el reconocimiento realizado en escritura pública suele acompañar a la entrega efectiva de la posesión de la vivienda mediante la entrega de llaves).

2.3.13. Responsabilidad frente a terceros.

Una vez aclarada la titularidad de la “masa de gestión económica” debe analizarse, por su especial importancia, la responsabilidad de la Cooperativa y de los socios frente a terceros. La Cooperativa responde frente a los acreedores sociales por las deudas sociales, como persona jurídica con patrimonio autónomo, quedando el socio con una responsabilidad subsidiaria limitada a su aportación, según el art. 15.3 LC que mantiene dicha responsabilidad, limitada, sin sujetarla a ningún pacto o modificación¹⁶⁰ -el art. 71 LGC la establecía, salvo pacto en contrario-. En la relación entre la Cooperativa y el socio, afectando a la relación de ésta con los terceros, deben distinguirse, como afirma

¹⁶⁰ FAJARDO GARCÍA, G: “*La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios*” ... cit. En pág. 197 y ss. estudia los tipos de responsabilidad que podía establecer el legislador: ilimitada del socio que responde con todos sus bienes, limitada a la aportación al capital social, o suplementaria de tipo limitada en cuantía diferente a la aportación al capital social.

FAJARDO GARCÍA¹⁶¹, a efectos de responsabilidad, la relación societaria –nosotros entendemos asociativa- y la mutualista.

De la responsabilidad originada en la relación asociativa entre la Cooperativa y el socio (desembolso de capital y nuevas aportaciones) responden los socios frente a la Cooperativa con todo su patrimonio, pudiendo ser sancionados por incumplimiento o retraso en dicha obligación, aunque se trata de una responsabilidad limitada a su participación en el capital social.

En la relación mutualista, que obliga al socio a participar en la actividad cooperativa y en los resultados positivos o negativos de ésta, también se produce la responsabilidad del socio con todo su patrimonio, y su cuantía viene determinada por la concreta participación en la actividad cooperativa, y el coste exacto de ésta. La responsabilidad en la relación mutualista conlleva la obligación de pagar los incrementos de precio de las viviendas por aumento de gastos, exista o no cláusula expresa de revisión del precio. Incluso aunque en estos casos el socio pueda optar por darse de baja por incremento de precio o sea expulsado por falta de pago, no obtiene el reembolso de estas cantidades aportadas hasta que otra persona ingrese en su posición. Los acreedores sociales cuyo crédito derive de las viviendas, y tenga su base en la relación mutualista entre la Cooperativa y el socio, se dirigen contra la Cooperativa, pero es la comunidad quien responde en último caso patrimonialmente frente a ellos. Desde el momento de la división de la comunidad en PH, cada socio responde de forma proporcional a la cuota que le ha correspondido, a la vivienda concreta. Este tipo de responsabilidad en función de la cuota o vivienda debe regirse, en defecto de la regulación cooperativa, por las

¹⁶¹ FAJARDO GARCÍA, G. *“La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios”* ... cit, pág. 228 al final.

normas de la responsabilidad civil. Los casos de responsabilidad civil contractual o extracontractual en la actuación de la Cooperativa¹⁶² repercuten sobre el patrimonio de la Cooperativa y del socio según su aportación al capital social y según su actividad cooperativa.

2.3.14. Acreedores del socio y acreedores sociales.

Las normas cooperativas sólo hacen referencia a la situación en que se encuentran los acreedores del socio, sin aludir a los acreedores sociales.

Respecto a los primeros, lo aportado al capital social de la Cooperativa queda fuera del ámbito de los acreedores del socio, por pertenecer a la Cooperativa, según prevé expresamente la disposición adicional tercera de la LC -art. 79 LGC-. Esta regla se aplica también a lo pagado por el socio para la obtención de la vivienda, por ser una cantidad que ingresa en la comunidad de socios como cuota. Los acreedores del socio podrán dirigirse contra la concreta cuota de éste, su vivienda, una vez adquirida pero no antes -interpretando la referencia que hace la disposición adicional tercera- contra los derechos de reembolso y retorno a los que tenga derecho, y según lo dispuesto en el art. 399CC-. Es positiva la compatibilidad del art. 399¹⁶³ del CC con la disposición adicional tercera¹⁶⁴ de la LC, que permitiría la cesión, enajenación o hipoteca de esta cuota, pero

¹⁶² Según dispone el art. 114 LC: “las Cooperativas son sujetos responsables de las acciones u omisiones contrarias a esta Ley y sus normas de desarrollo y a los Estatutos de la Cooperativa, sin perjuicio de las responsabilidades personales exigibles a consejeros, interventores y liquidadores.” –términos similares al art. 153.2 LGC-.

¹⁶³ “Art. 399. **Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte** y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad”.

¹⁶⁴ “Tercera. Derechos de los acreedores personales de los socios. Los acreedores personales de los socios no tendrán derecho alguno sobre los bienes de las Cooperativas ni sobre las aportaciones de los socios al capital social, que son inembargables. Todo ello, sin menoscabo de los derechos que pueda ejercer el acreedor sobre los reembolsos, intereses y retornos que correspondan al socio”. Los terminos son muy similares a los de la LGC.

cuyos efectos se verán sujetos a la concreción de la cuota. Los acreedores de los socios no tienen ningún derecho sobre la participación del socio en la Cooperativa, ni sobre la cuota de éste en la comunidad, no así sobre retornos, intereses y reembolsos¹⁶⁵, limitados por las “condiciones fijadas por la Cooperativa”, con relación a efectividad, plazos, cuantía, entrega...

Se plantea la duda de si los acreedores del socio pueden concurrir a la división de la comunidad y oponerse a ella, en base a lo dispuesto en el art. 403¹⁶⁶ del CC. Esta norma podría haber sido excluida por la disposición adicional tercera, específica de Cooperativas, que regula los derechos de los acreedores de los socios y es aplicable a los socios con derecho a vivienda y no se refiere a esta cuestión de concurrencia y oposición, cuya aplicación excluye a las normas del CC sobre acreedores de los copropietarios. La citada disposición no dice nada respecto al derecho de oposición e impugnación de la división, por lo que podría dudarse que exista tal derecho en las Cooperativas de viviendas. Evidentemente no se les puede privar del derecho de impugnar la división en

aunque a diferencia de ésta que se refería a “los satisfechos al socio”, se matiza que “los que correspondan”, yo entiendo que sobre éstos tienen derechos aunque no hayan sido satisfechos todavía. Se incluye el derecho de los acreedores sobre los intereses. “Art. 79. **Los acreedores personales de los socios no tendrán derecho alguno sobre los bienes de la Cooperativa ni sobre las aportaciones de los socios al capital social, las cuales son inembargables. Ello, sin menoscabo de los derechos que pueda ejercer el acreedor sobre los reembolsos y retornos satisfechos al socio.**”

¹⁶⁵ Según el análisis del art. 79 LGC, realizado por CHULIÁ, esta es una consecuencia del carácter personalista de la Cooperativa, en la que se otorga una gran importancia a la condición de socio, lo que no implica la aplicación de las normas de la sociedad civil (art. 1699) que permitirían el embargo y remate de la parte del socio, sino las de las sociedades mercantiles personalistas, art. 174 del C de c, que no permiten que la participación social se vea afectada por las deudas del socio. PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: “*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*”: Tomo XX, vol. 3º... cit, pág. 290. Esta consideración nos sitúa ante la existencia de una influencia mercantil importante, aunque puede ser fruto de aplicar la mayor evolución de las sociedades mercantiles. Nosotros creemos que los efectos producidos sobre la participación en el capital social vienen regulados en el art. 79 LGC, que se refiere también a los conceptos de retornos y reembolsos, mientras que los efectos sobre la aportación para la obtención de la vivienda tienen su origen en la interpretación del propio artículo citado y del art. 399 del CC.

¹⁶⁶ “Los acreedores o cesionarios de los partícipes podrán concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso. Pero no podrán impugnar la división consumada, excepto en caso de fraude, o en el de haberse verificado no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedirla, y salvo siempre los derechos del deudor o del cedente para sostener su validez.”

caso de fraude, pero no está claro que puedan oponerse a ella¹⁶⁷. La interpretación depende de que se estime o no la imperatividad del art. 403 del CC, y de que ésta sea restrictiva o extensiva respecto de la disposición adicional tercera LC. Parece que las condiciones especiales de la Cooperativa, expresadas en el artículo 52.3 LC -81 LGC-, vienen a impedir que los acreedores del socio tengan un derecho de oposición –sería una oposición a la adjudicación concreta y no a la división en sí-, ello unido a que sus derechos se encuentran expresamente recogidos en la citada disposición adicional LC, aunque como norma restrictiva de los derechos de los acreedores quizá debería recogerse expresamente en la LC para ser efectiva y poderse alegar.

En las Cooperativas no es admisible la existencia de cesionarios¹⁶⁸, figura a la que el CC se refiere en el mismo 403, y ello porque no puede cederse el derecho a la participación en la comunidad sin ser partícipe de la misma y socio de la Cooperativa.

La división de la comunidad no implica el perjuicio de los derechos de los acreedores sociales, que pueden reclamar sus derechos si éstos tienen su base en las viviendas y la

¹⁶⁷MIQUEL GONZÁLEZ, J.M: “*Comentarios al Código Civil...*”art. 392 y ss... *cit*, pág. 506. Respecto a la oposición, puede ocurrir: 1. No se les notifica la división, invirtiéndose la carga de la prueba del fraude. 2. Si se les notifica y no acuden, sólo les queda atacar la división por fraude. 3. Se les notifica y acuden: aprueben o no la división no la pueden impedir.

¹⁶⁸El cesionario goza de un mero control sobre la división, aunque una vez producida ésta, su situación cambia por aplicación del art. 399 del CC.

DÍEZ PICAZO, L. GULLÓN BALLESTEROS, A: “*Sistema de Derecho Civil*” vol. III... *cit*, pág. 90: “*Tal vez el Código piense en aquellos cesionarios del derecho de los partícipes que no ingresan en la comunidad, y de los cuales ya hemos hablado anteriormente, o, según COSSIO, en aquellos a quienes el partícipe haya cedido, mediante contrato, su participación en la comunidad, pero todavía no han adquirido el dominio por no haberse producido el modo o traditio, por lo que ostentan un simple derecho personal a la entrega.*”

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M: “*Comentarios al Código Civil...*”art. 392 y ss... *cit*, pág. 502. “*Son cesionarios a los efectos del artículo 403 los que sin ingresar en la comunidad de que se trate (de propiedad) deriven sus derechos del comunero... usufructuarios de cuota-parte... adquirentes de una cuota bajo condición suspensiva pendiente... aquellos a los que el comunero ha transmitido una parte material de la cosa o cosas concretas del patrimonio colectivo... aquellos a quienes lo que se cede son los bienes que al comunero se le adjudiquen en la división... el acreedor hipotecario de una cuota... el adquirente de la parte que corresponda a un socio en una sociedad civil al no ingresar en la sociedad.*”

SAMANES ARA, C: “*La división de la cosa común*”, Tecnos, Madrid 1995, pág. 55. “*En cuanto al valor, los cesionarios tiene un interés respecto de una cosa concreta: unos son acreedores con un ius ad rem, y otros son titulares de un derecho real*”.

Cooperativa no responde. Los acreedores sociales, en general, pueden dirigirse exclusivamente contra la Cooperativa y su patrimonio, aunque si son acreedores cuyo derecho trae causa en las viviendas construidas pueden hacerlo frente a la Cooperativa o contra los socios, en el caso de que la Cooperativa que representa a la comunidad no responda o no exista ya proporcionalmente a la cuota de cada uno en la comunidad puesto que se entiende que la cantidad debida es un gasto de la comunidad¹⁶⁹.

No existe una norma cooperativa específica relativa a los acreedores sociales de la Cooperativa en general y no sólo a los acreedores con derecho originado en las viviendas, aunque la disposición adicional tercera y el art. 57 LC -83 LGC- relativo a los gastos plantean¹⁷⁰ la prioridad de los acreedores sociales sobre los de cada socio; y ello porque para determinar el derecho del socio al retorno y al reembolso en su caso, deben haberse cubierto los derechos de aquellos. Aplicando las normas societarias se logra evitar el perjuicio de los acreedores sociales, que se verían marginados respecto de aquellos acreedores cuyo derecho tenga su causa en la cosa común. La situación de los acreedores de la comunidad, cuyo crédito tenga su origen en ésta, viene resuelta por el art. 405 del CC que se refiere precisamente a la conservación de los derechos reales y personales contra la comunidad y por el 399 relativo a los acreedores reales, limitados a la porción de cada socio, y al momento en que ésta sea efectiva por la división. Antes de analizar algunos casos de acreedores sociales especialmente importantes en el supuesto que analizamos, deben matizarse y distinguirse como acreedores de la Cooperativa de

¹⁶⁹ El Tribunal Supremo aplica también la doctrina del enriquecimiento injusto, en las STS: 28-4-1993 (Ar. 2953), 9-6-1989 (Ar. 4414).

¹⁷⁰ GARCÍA MÁS, F.J. "*Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa*"... cit, pág. 64. Plantea este autor la distinción entre la preferencia de los acreedores sociales en la Sociedad en general, del trato de los acreedores en la comunidad. En el supuesto cooperativo, la prioridad de los acreedores sociales viene determinada por las normas societarias cooperativas, y el régimen supletorio aplicable, en el caso de acreedores de la comunidad de bienes, es el de esta figura en el CC.

viviendas, es decir de ésta por cuenta de la comunidad, los acreedores por derecho de crédito como el vendedor del solar, los profesionales contratados en la elaboración del Proyecto, el constructor, e incluso la empresa gestora contratada, de los titulares de un derecho real sobre la comunidad. Los acreedores por derechos personales se benefician de que éstos “*conservaran igualmente su fuerza, no obstante la división de la comunidad*”, según el art. 405 párrafo segundo. El sentido de tal afirmación es, según MIQUEL¹⁷¹, que “*el crédito sigue inalterado sobre toda la cosa y que la mera división no determina su extinción*”. Respecto de los titulares de derechos reales, como sería el caso del acreedor hipotecario que financia la construcción de las viviendas, debe distinguirse si su derecho real es sobre porciones o cuotas, o sobre todo el objeto de la copropiedad, puesto que la solución del CC es distinta en cada caso. En el caso de titulares de un derecho real sobre cuotas concretas el art. 399 prevé que, en la división, su derecho recaerá sobre la parte de la cosa que se adjudique al condueño que la constituyó. A los titulares de un derecho real sobre la cosa común, “*la división de una cosa común no perjudicará a tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbres u otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición*”, como afirma el art. 405. La hipoteca constituida sobre el edificio en construcción es realmente una hipoteca sobre la cosa común que afecta a todos, que consienten a ello, por lo que podremos aplicar el art. 405. Este artículo se interpreta, según MIQUEL¹⁷²,

¹⁷¹ MIQUEL GONZÁLEZ, JM: “*Comentarios al Código Civil*”: art. 392 y ss, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1993. Pág. 1116. Así lo afirma este autor en el comentario al art. 405. También hace referencia a la ausencia de un derecho preferente de los acreedores de la cosa común sobre los acreedores de cada copartípe, en base a que la comunidad no tiene personalidad jurídica, y sus derechos no tienen tal fuerza. No parece del todo aplicable lo anterior al supuesto de las Cooperativas de viviendas, de comunidad a efectos civiles internos inserta en la Cooperativa, representante de aquella, de cuya personalidad jurídica se beneficia.

¹⁷² MIQUEL GONZÁLEZ, JM: “*Comentarios al Código Civil*”: art. 392 y ss, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1993. Pág. 1116: “*Los titulares de derechos reales sobre la cosa común que no tengan esa posición subordinada a la de un comunero se encuentran en la situación del art. 405, y su derecho continúa inalterado sobre toda la cosa a pesar de la división. Así para la hipoteca los establece el art. 123 LHI. El titular de un derecho real que no deba ser afectado o perjudicado por la división podrá ejercitarlo sobre toda la cosa como si*

en el sentido de que el derecho del titular de la hipoteca continúa sin alteraciones pese a la división, salvo que voluntariamente acreedor y deudores acuerden la división del crédito hipotecario, y todo lo que a él se refiere (pago, cancelación, responsabilidad) entre las fincas fruto de la división, en base al art. 123¹⁷³ de la Ley Hipotecaria -Decreto de 8-2-1946, lo que precisamente ocurre en el caso cooperativo. Con relación a los derechos reales o personales de terceros sobre la cosa común, no habría desprotección de éstos por aplicación del art. 405¹⁷⁴ del CC que mantiene la conservación de sus derechos -aquí estarían recogidos algunos, como por ejemplo, un derecho real condicionado o una posible hipoteca sobre las viviendas en construcción¹⁷⁵-.

la división no hubiera tenido lugar. El acreedor hipotecario podrá, como dispone el art. 123, repetir por la totalidad de la suma garantizada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez. Lo dispuesto en este precepto respecto de los titulares de los derechos reales en cosa ajena, debe aplicarse también a la división de estos derechos si son divisibles, en el sentido de que tampoco deba perjudicar al propietario o copropietario.” En el caso de las Cooperativas de viviendas, se pacta y conoce la división del crédito hipotecario sobre el edificio en las concretas viviendas que lo forman, y la asunción de cada vivienda de la parte que le corresponda, así como su responsabilidad por ésta.

¹⁷³ “Artículo 123. Si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor... Artículo 124. Dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviere gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca... Artículo 125. Cuando sea una la finca hipotecada, o cuando siendo varias no se haya señalado la responsabilidad de cada una, por ocurrir el caso previsto en el artículo 123, no se podrá exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho.”

¹⁷⁴ “Art. 405. **La división de una cosa común no perjudicará a tercero**, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición. Conservarán igualmente su fuerza, no obstante la división, los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad.”

¹⁷⁵ En este sentido el TS se muestra favorable a la validez de la hipoteca constituida sobre las viviendas, lo que es compatible con la obligación de destinar las aportaciones para pago de viviendas a este objeto concreto. En un supuesto concreto, aunque la hipoteca no se establece sobre toda la construcción en general, debe destacarse la opinión del Tribunal favorable a la validez de dicha hipoteca: STS 27-1-1986 (Juris. Civ. 31), fundamento de derecho 8º “... aquello que propiamente se prohíbe en ellos es que las aportaciones efectuadas para la construcción se empleen en otros fines cooperativos pero sin excluirlas de la disponibilidad a través de los órganos cooperativos siempre que la voluntad de éstos aparezca formada correctamente... los actos de disposición cuestionados (hipoteca realizada a favor de la constructora) obedecen justamente a la necesidad de pagar a la Constructora el precio de la obra ejecutada para cuya efectividad se comprometieron y realizaron las aportaciones de los socios disidentes que han recurrido”. Tenemos que decir al respecto que la hipoteca es sobre el precio total que resta por pagar a la constructora de las viviendas de los socios recurrentes, no sobre la construcción total, puesto que algunos socios ya han abonado la cuantía correspondiente. Comentada por DIEZ ARGAL, W: “Sociedades cooperativas: criterios jurisprudenciales de la sala primera del TS en los ochenta”. Deusto, Bilbao 1988.

La hipoteca constituida por la Cooperativa por cuenta de los copartícipes -generalmente a instancia de sus órganos o de la empresa gestora encargada de la administración y mediación con terceros- es una hipoteca sobre el edificio en construcción, copropiedad de los partícipes que, desde su contratación como préstamo hipotecario, prevé la división de la copropiedad y la hipoteca afecta a ella, atribuyéndose a cada vivienda la cuantía que corresponda para el pago de la deuda pendiente, mediante la figura de la subrogación hipotecaria de la hipoteca matriz o general, hipoteca que seguirá la suerte individual del préstamo de la vivienda determinada. Posteriormente el propietario podrá proceder, si lo desea, a la novación de la hipoteca o a su extinción. La subrogación en la hipoteca general sobre el edificio en su conjunto no debe establecerse como una condición de la adquisición de la propiedad de la vivienda en régimen cooperativo, sino como una

La formación de voluntad en la adopción del acuerdo de gravar las viviendas es impugnada, circunstancia respecto de la cual el TS, en el 10º fundamento de derecho, no admite defectos formales (convocatoria, quórum, mayorías), añadiendo una afirmación que nos hace plantearnos si el fallo hubiese sido distinto en caso de que se hubiese demandado a la constructora "... Y, en el caso, habiéndose alcanzado esta mayoría, puesto aquel quórum, es vista la validez de los acuerdos recaídos, entre ellos el dar facultades al presidente de la entidad, quien, con base a ellas... procedió al otorgamiento de la compleja escritura de 13-7-1983 de "fijación y determinación de deuda, convenio sobre medios y formas de pago y constitución y promesa de garantía hipotecaria", contrato que se vería afectado (sin estar en juicio la Sociedad Anónima acreedora) si se pronunciase la nulidad pretendida."

En relación al derecho de los acreedores de la Cooperativa por razón de un crédito en cuenta corriente impagado por ésta, puede entenderse que es un derecho de crédito sobre la cosa común (viviendas y zonas comunes a éstas), y así podría deducirse de lo que el TS manifiesta. El TS afirma que si no se ha procedido a liquidar y extinguir la Cooperativa, la propiedad de los socios responde de las deudas contraídas. El Tribunal no añade algo que es obvio, como es que las cantidades adeudadas deben haberse producido en relación a la construcción de las viviendas. Así, STS de 17-4-1990 (Ar. 2720), fundamentos de derecho segundo y tercero : "la responsabilidad de los socios viene limitada a las cantidades aportadas o que se hubieren obligado a aportar... se han ejecutado los bienes de la Cooperativa, no los de sus socios ; que ésta ni liquidó y adjudicó el haber social, ni podía hacerlo, sin antes saldar las deudas sociales pendientes ; y que no se puede confundir el momento de la adjudicación de las viviendas constituidas en régimen cooperativo, con el de la liquidación y distribución del haber social, en caso de disolución de la Sociedad." Parece que si no se admite la hipótesis de la copropiedad (propiedad individual) es difícil mantener la legitimación de los acreedores sociales para ejecutar los bienes de éstos (sólo aquellos que fueron fruto del objeto de la Cooperativa)

En relación a los argumentos de la sentencia anterior, es importante plantear si el TS es consciente de la necesaria distinción entre acreedores sociales cuyo derecho surgió en relación a las viviendas, o acreedores sociales de otro tipo, y si el tratamiento de unos y otros debe ser idéntico o no. En el supuesto de la sentencia citada el problema es menor porque los afectados por la deuda son locales comerciales pertenecientes a las zonas comunes de las viviendas. **Parece que, en general, se aplicaría el principio de protección de terceros de buena fe, por lo que los cooperativistas no podrían eludir esta responsabilidad.** Sin embargo, siempre pueden reclamar la responsabilidad de los órganos gestores de la Cooperativa o de la empresa gestora encargada de la administración, si ésta existe. Puesto que esta solución es "a posteriori", lo mejor sería actuar sobre "a priori" sobre la administración y gestión de la Cooperativa (límites, controles, sanciones...).

condición impuesta al régimen de copropiedad sobre la "masa de gestión económica" sujeta a una hipoteca general que, cuando la masa se divide, obliga a cada socio a cumplir su parte. De tal forma, la necesaria subrogación en la hipoteca para la adquisición de la propiedad de la vivienda se establece, no como elemento de la adquisición del derecho de propiedad sino como límite a la división y adjudicación de la cuota al partícipe, que afecta necesaria y directamente al derecho de propiedad sobre la vivienda. Y ello porque la concreción y adquisición de la cuota lleva implícito, por haberse pactado así entre el acreedor y el deudor, la división de la hipoteca, requisito que ha sido admitido por todos los socios al ingresar en la Cooperativa y en la comunidad, o después en Asamblea General -como gravamen sobre la cosa común que requiere el consentimiento de todos los comuneros-. En otros supuestos la Ley puede establecer esta condición como general -lo que en la actualidad no ocurre- o respecto de determinadas viviendas de VPO o VPT, por su régimen y circunstancias especiales. Sobre la aceptación de la hipoteca constituida sobre el edificio se plantea la duda de si su realización por representante, la Cooperativa que actúa con sus órganos, precisa un poder expreso, o basta el apoderamiento genérico. En teoría debe ser expreso, pero en la práctica se actúa con dicho poder genérico, circunstancia que no ha sido admitida por el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 27 de septiembre de 1995¹⁷⁶, por exigirlo la Ley (aunque en este caso no se admitió la nulidad de la hipoteca debido a la necesaria protección de los terceros de buena fe).

Con relación a los acreedores sociales se plantea la duda de si otro tipo de deudas, que no tienen su causa en las viviendas, puede afectar a los socios. Una vez exigida la

¹⁷⁶ Comentada por HERRADA ROMERO, R.I.: comentario a la STS 27-9-1995, Revista Derecho Privado Junio 1996, pág. 504 a 513.

responsabilidad a la Cooperativa también podrá reclamarse responsabilidad posteriormente a los socios, en la cuantía de su aportación al capital y patrimonio cooperativo. Pero no está claro que pueda exigirse a los socios en la cuantía de la vivienda que les corresponde -lo que frente a terceros de buena fe no podrá mantenerse, y responderán aunque no se hagan cargo de ellas (¿a quién van a reclamar, a la Cooperativa, sus órganos, la gestión ajena en su caso?)-. Esta cuestión no debería plantear excesivos problemas, teniendo en cuenta que el objeto de la cooperativa es la construcción de las viviendas, por lo que las relaciones con terceros tendrán como fin y objeto el de la propia Cooperativa, y no otros distintos -a excepción de algún supuesto como el de PSV-.

En íntima relación con lo anterior debemos plantear una de las cuestiones de difícil solución y aplicación al supuesto cooperativo: la posible quiebra de la Cooperativa y sus efectos sobre la comunidad y sus cuotas. La quiebra es de la Cooperativa, pero debe plantearse si los acreedores sociales pueden dirigirse contra la “masa de gestión económica”, o sólo pueden hacerlo aquellos cuyo crédito tenga su origen en las viviendas, teniendo en cuenta que la comunidad no tiene personalidad jurídica por sí misma¹⁷⁷, aunque utilice la de la Cooperativa, y que el patrimonio de ambas es distinto. Hay que destacar al respecto la visión particular de FAJARDO GARCÍA¹⁷⁸ que afirma

¹⁷⁷ En materia de quiebra y sus efectos sobre comunidad de bienes: DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, JM: “Comunidad de bienes y empresa” ... cit, pág. 19 y ss.

¹⁷⁸ FAJARDO GARCÍA, G: “La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios”... cit, pág. 96 y 99. La autora admite como conclusiones las afirmaciones del TS en algunas de sus sentencias. Literalmente afirma lo siguiente (el subrayado es de la autora): “1. El negocio jurídico que une a la Cooperativa con el socio “no es una compraventa sino una adjudicación a un cooperativista como contraprestación a sus aportaciones a la cooperativa, lo cual excluye su asimilación a efectos del impuesto, a la compraventa, porque falta el vendedor”. 2. No existe “ningún acto traslativo de una titularidad dominical... el asociado de la Cooperativa era anterior copartícipe de la titularidad dominical de la parcela que se le atribuye”. Lo que en realidad se dio con la adjudicación “fue la simple sustitución de una porción o cuota “pro indiviso” que venía correspondiendo de modo abstracto sobre la totalidad del inmueble que era objeto de esa comunidad a cada uno de sus miembros, por la concreción material de la parcela que se adjudicaba en propiedad ya exclusiva al anterior socio”. 3. “Ni siquiera a efectos fiscales existe un verdadero enajenante, falta de enriquecimiento del

que, en las Cooperativas de viviendas, las aportaciones del socio para adquisición de vivienda no forman parte del capital social ni del patrimonio de la Cooperativa, y no admite la inembargabilidad de éstas por los acreedores sociales, citando la STS de 27-1-1986¹⁷⁹. En mi opinión, si la masa de gestión económica no es patrimonio cooperativo, sino copropiedad de los socios, sólo responde por las deudas sociales cooperativas que tengan su causa en las viviendas, en la actividad cooperativa, sin que los acreedores sociales cuyo crédito no tenga causa en ellas, puedan dirigirse, en caso de quiebra, contra dichas viviendas. Sin embargo, aunque no sea de cuenta de las viviendas, éstas, sujetas a las condiciones especiales de las Cooperativas, responden del pago de las deudas sociales sin causa en las viviendas, por lo que cualquier acreedor social puede ser resarcido en caso de quiebra, y ello sin perjuicio de que la comunidad formada por los socios reclame después a la Cooperativa, ya que ella no tiene que soportar las deudas ni hacerse cargo —reclama a sus órganos en función de su actuación incorrecta, a la empresa gestora interviniente, a todos los socios y no sólo los usuarios—. Esta solución teórica plantea problemas prácticos de envergadura puesto que la Cooperativa está formada por los propios socios, que soportan las deudas; pero logra la protección de terceros, y la protección de los socios frente a los encargados de la administración en los casos en que éstos actuarán ilícitamente o excediéndose en sus funciones.

transmitente (ausencia de lucro), cuya personalidad jurídica actúa únicamente como mero instrumento coordinador, con el fin exclusivo y esencial de facilitar a los asociados coparticipes en la propiedad inmobiliaria de la Cooperativa, una parcela, adquirida por la precitada Cooperativa, a sus expensas". 4. "En relación a las Plus-Valías, hay que asimilarlas más a las Comunidades de bienes, ... además de por faltar el ánimo de lucro, por su finalidad instrumental". "

¹⁷⁹ Ver nota a pie 175.

3. CONCLUSIONES.

Podría concluirse que la estructura de la hipótesis compleja que hemos desarrollado y admitido, en la relación entre la Cooperativa y el socio, es la siguiente. La Cooperativa, persona jurídica, actúa internamente respecto de los socios en dos ámbitos, formación de su voluntad y organización de la comunidad, de la “masa de gestión económica”; externamente, en la relación con terceros, la persona jurídica cooperativa es un representante indirecto de los socios.

Coexisten dos entidades diferentes, en íntima relación, la Cooperativa y la comunidad de socios sobre la “masa de gestión económica” -constituida sobre el solar común, las aportaciones y el edificio en construcción- que no pueden identificarse. La Cooperativa tiene su origen en el negocio de constitución de la misma, por el que surge también la comunidad, si no existía ya por la adquisición en común del solar, a la que se incorporan los socios, con la inscripción y los sucesivos desembolsos o pagos. La Cooperativa tiene como funciones las propias de su condición asociativa y las correspondientes como representante de la comunidad¹⁸⁰, además de las de gestión y administración en ambos casos. La comunidad sobre la masa de gestión económica dará paso a la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal.

La personalidad jurídica de la Cooperativa permite a la comunidad, que de ella depende, la actuación frente a terceros como ente independiente.

Entre la Cooperativa y la comunidad existen dos tipos de relaciones, interna y externa.

La relación interna permite a la Cooperativa formar la voluntad de la comunidad y

¹⁸⁰ La titularidad de la Cooperativa es del tipo representativa o de gestión, mientras que la de la comunidad es del tipo plural, compartida por los socios, según los tipos de pluralidades que recogen: DE CASTRO, F: “Derecho Civil de España” ... *cit.* pág. 566. DIEZ PICAZO, L. GULLÓN BALLESTEROS, A: “Sistema de Derecho Civil”. Vol. I. Tecnos, Madrid 1998, pág. 420.

organizarla; la comunidad constituida sobre el objeto social se registrará por sus propias normas y criterios sobre propiedad, cuotas, división..., mientras que la Cooperativa ostentará la representación y administración de la comunidad -administración que puede y suele delegarse en una empresa gestora-. Frente a terceros la Cooperativa actuará como representante de los socios, individualmente o en comunidad según los momentos, autorizada o legitimada por el contrato de constitución de la misma suscrito por todos, y ratificado por cada uno de los socios, en el momento de inscripción como tal; la representación indirecta de la Cooperativa tiene como efecto la adquisición de los derechos por los socios representados respecto de terceros, y la asunción de las acciones y obligaciones por la Cooperativa hasta el conocimiento del representado -que tiene lugar en el momento de entrega de la obra y adjudicación de las viviendas- asumiendo en ese momento también los socios, en conjunto e individualmente, las obligaciones y acciones correspondientes.

Los socios adquieren la propiedad de las viviendas dentro de una autoconstrucción formal, no material. El ingreso en la Cooperativa viene unido a la condición de copropietario de la masa de gestión económica, por la que el socio ostenta un derecho sobre una cuota indivisa -sobre el suelo adquirido, lo aportado y la obra en conjunto-. Dicha cuota se concretará en una vivienda en régimen de PH, resultado de la división de la comunidad mediante el reconocimiento o adjudicación posterior y entrega de las viviendas. El resultado de este esquema es la existencia de diferentes fases o momentos sucesivos en la vida cooperativa, que afectan tanto a la relación social como a la situación de comunidad y que serán analizados posteriormente: aspirante, inscripción, reserva o individualización de la vivienda como elemento de la adjudicación, y adjudicación.

Este esquema básico puede sufrir variaciones según los distintos supuestos prácticos. Así, puede suceder que la dualidad Cooperativa – comunidad responda a la iniciativa de varios sujetos reunidos en comunidad, o al supuesto de promoción típico realizado por empresas gestoras de Cooperativas. Puede ocurrir que en el aspecto privado prime o destaque la comunidad más que la persona jurídica Cooperativa, formal, utilizada para la actuación en el tráfico, con terceros, y para la obtención de beneficios fiscales. También hay casos en los que el papel de la empresa gestora es fundamental respecto de la constitución y promoción, lo que podría llegar a considerarse como una promoción inmobiliaria encubierta. Al margen de que en alguno de estos supuestos el esquema de relaciones jurídicas pueda verse alterado, la hipótesis que debe admitirse es la aquí desarrollada: internamente, desde el punto de vista jurídico privado, existe una dualidad Cooperativa- comunidad, como figuras no contrapuestas ni excluyentes sino unidas; y externamente, frente a terceros, la Cooperativa actúa por cuenta de los socios, individualmente considerados o en comunidad según los momentos. Lo lógico sería que la persona jurídica hubiese absorbido completamente a la comunidad, pero no ha ocurrido así y la situación que subyace en la teoría y práctica cooperativa es distinta. Además, como veremos, ésta es la única hipótesis que puede aplicarse a cualquier supuesto, al margen de quien construya o gestione. Dejamos a un lado la regulación de las viviendas de protección oficial que tienen sus propias normas administrativas al respecto –en estos casos, aunque el legislador no se refiera a ello, debe entenderse que si el régimen es el cooperativo, las notas esenciales son las de éste, condicionadas por las normas administrativas (no estimamos deseable que el legislador invente un régimen cooperativo diferente del general en los supuestos protegidos)-.

Tras el estudio de la LC actual, y por la identidad de ésta con la LGC anterior en las cuestiones fundamentales, puede mantenerse y apoyarse argumentalmente todo lo dicho.

4. APLICACIÓN DE LA HIPÓTESIS A OTROS SUPUESTOS: COOPERATIVA QUE CONSTRUYE Y COOPERATIVA QUE GESTIONA.

Una vez definidas las relaciones jurídicas entre la Cooperativa y el socio en el supuesto cooperativo que analizamos, y las funciones y responsabilidades de cada uno, así como la adquisición de la titularidad de la vivienda, debemos resolver la aplicación a otros supuestos cooperativos teóricos y prácticos, que han quedado sin resolver.

La LC vigente, al igual que la derogada LGC, admiten la aplicación del planteamiento visto a otros supuestos, como el de construcción propia, o el de gestión propia. Con relación a la gestión, la LC, en el art. 32.2¹⁸¹, parece orientarse hacia la gestión propia, al igual que la LGC anterior, permitiendo la contratación de Directivos, directores o terceros pero sin desarrollar esta vía y evitando cuestiones actualmente problemáticas para las cuales no ofrece ninguna solución. Los temas que van a estudiarse son independientes de que la regulación vigente sea la de 1999 o la de 1987.

* Ante la posibilidad de que la Cooperativa asuma la construcción de la obra como contratista, y excluidos los supuestos de autoconstrucción material por los propios socios que corresponderían a una Cooperativa de trabajo asociado más que a una de viviendas, puede afirmarse que la construcción realizada por la propia Cooperativa implica la asunción por ella de otra función más -añadida a las que ya tiene- la de constructor, subcontratando la ejecución material de las tareas pero con las facultades y

¹⁸¹ El Director se incorpora al art. 32.3 del texto aprobado por Congreso y Senado -referencia omitida en el Proyecto inicial de 1998, incluida por aceptación de las enmiendas 167 de C. Canaria y 227 del G. Vasco-, pero su actuación no se regula de forma detallada como ofrecía la LGC.

responsabilidades de éste. Este caso, que inicialmente hemos separado para un mejor estudio de la relación jurídica entre la Cooperativa y el socio, puede incorporarse al supuesto analizado, con la salvedad de que en él se añade, a las demás –representación, organización, formación de voluntad- la función de construcción citada. Las Cooperativas de viviendas, en su sentido histórico más puro, asumían esta función, actualmente desplazada hacia otros sujetos independientes de la Cooperativa por razones prácticas de índole general y no particulares de las Cooperativas, en aras de la pretendida especialización del trabajo. En la actualidad, la función de construcción es asumida, generalmente, por Cooperativas de viviendas de escaso tamaño que además son promovidas y gestionadas realmente por sus propios socios, y no por otras empresas ajenas¹⁸².

En este caso la relación jurídica que surge entre la Cooperativa y el socio es compleja, y está formada por distintas realidades, asociativa, de representación de los socios individualmente o en comunidad frente a terceros -contratistas, entidades financieras, arquitectos...- y constructora. La gestión corresponderá generalmente a la Cooperativa, pero puede también encargarse a una empresa gestora ajena. La titularidad de las viviendas también sería adquirida, inicialmente, por la comunidad formada por los socios, y posteriormente dividida en propiedad horizontal, dando lugar a las viviendas o cuotas concretas correspondientes a cada socio.

¹⁸² GÓMEZ. APARICIO A.P: *“Análisis de los aspectos financieros de la Sociedad Cooperativa de viviendas en España”* ... cit, pág. 25: *“En un primer momento histórico las cooperativas de viviendas se autogestionan, acometiendo los socios incluso la construcción de las viviendas. La autoconstrucción tiene importancia en los países del tercer mundo, siendo menos representativa en los países desarrollados, dado que la actividad profesional y social de los socios, así como el ritmo de vida, no permiten acometer de esa forma las tareas de autoconstrucción. La alternativa a la autoconstrucción es encargar a terceros la misma, pudiendo ser éstos asalariados o una empresa constructora. Las cooperativas que no quieren hacerse cargo de la gestión de la misma, bien porque no disponen medios para contratar personal profesionalizado o por otras causas, suelen encomendar ésta a una gestora experta en gestión inmobiliaria en general o de cooperativas de viviendas en*

La supresión del constructor como sujeto independiente en la promoción y construcción de las viviendas afectaría a las cuestiones de responsabilidad en la construcción, que sería asumida por la propia Cooperativa¹⁸³, es decir, por los propios socios, pudiendo considerarse ésta como promotor-constructor y no simple dueña de la obra. Como contrapartida de este incremento de responsabilidad nos encontraríamos probablemente con una disminución del coste de la construcción, y ello porque en general la disminución del número de intervinientes en este tipo de procesos provoca la disminución del coste real de construcción de las viviendas.

particular. Abundan las cooperativas que son promocionadas por determinados organismos, no haciéndose cargo de la gestión del proyecto."

¹⁸³ Así la STS 8-10-1990 (Ar. 7585), se refiere a la responsabilidad de la Cooperativa constructora unida a la de arquitectos y al promotor inmobiliario por vicios ruinógenos del artículo 1591 del CC. Interponen sendos recursos, que son desestimados por el alto Tribunal. En el fundamento de derecho segundo, el promotor es condenado como tal, por su posición de promotor, al margen de quien construya materialmente: *"Su posición de promotor que, frente a terceros, asume, aparte de la responsabilidad por defectuoso cumplimiento del deber de entrega, la derivada -art. 1591 del Código- por su marcada intervención en la fase constructiva... con la consiguiente responsabilidad decenal que consagra aquel artículo... también para el caso de que hubiese encargado a otro, en todo o en parte, la realización material del trabajo"*. Los arquitectos también son condenados, porque los vicios se deben a defectos del proyecto o de la alta dirección técnica de la obra. También se mantiene, en el fundamento jurídico cuarto, la responsabilidad de la Cooperativa constructora, que pretendía su exoneración, habiendo sido condenada por la Audiencia a reparar las viviendas dañadas o a indemnizar, *"fruto a la vez que de aquella omisión, de una heterogénea mezcla de pretensiones de exoneración de culpa propia, y atribución a otros de responsabilidad, así como de negación de la solidaridad derivada del art. 1591 del CC, partiendo, contrariamente a la sentencia, de la perfecta delimitación de responsabilidades por los desperfectos y daños causados en las viviendas, todo ello sin acreditamiento y bajo el mismo apartado."* Responde de la construcción a la que se compromete en la STS 5-3-1993 (Ar. 2003).

También es responsable la Cooperativa, como constructora, en la STS de 8-5-1995 (Ar. 3942). En este caso de perjuicios ocasionados por materiales de mala calidad o por su colocación defectuosa, es responsable la Cooperativa que encargó un trabajo de subcontratación de la ejecución material, fundamentos de derecho cuarto y quinto: "La sociedad recurrente "Vicaman viviendas" actuó, a la vez, como propietaria del suelo, promotora y constructora del grupo de viviendas, iniciando y finalizando en parte la construcción de las meritadas viviendas, bajo el sistema de subcontratos de ejecución material pero bajo su supervisión... como quiera que atravesara dificultades económicas y necesitara certificación de final de la obra, la solicitó de la dirección técnica, que se avino a otorgarla siempre que se solventaran, arreglaran o repusieran las anomalías constructivas que se observaban en el momento de la petición, comprometiéndose la actora a su reparación, si bien no se hizo, y pese a ello ante dicha penuria económica, se volvió a insistir en la petición del certificado final de obra, que la dirección técnica se avino a otorgar, bajo la responsabilidad única del presidente de la Cooperativa, puesto que se eximía de responsabilidad a las direcciones facultativa y técnica de los vicios constructivos detectados y exención de responsabilidad que era asumida por el presidente de la Cooperativa, por su junta rectora y por los propios cooperativistas. La sociedad "Vicaman viviendas" incumplió el compromiso de reparar los defectos puestos de manifiesto por la dirección técnica, que no ha sido acreditado que los vicios denunciados fueran debidos a defectos del suelo o de la dirección, y que la expresada sociedad, en su triple condición de propietaria, promotora y constructora, supervisaba el desarrollo de las obras, todo lo cual, comporta la exención de responsabilidad del arquitecto."

* También planteamos, con relación a la gestión de la construcción de las viviendas, que ésta puede continuar en manos de la propia Cooperativa. La autogestión, actualmente puede parecer atípica, y responde básicamente a la idea inicial de las Cooperativas, que en tiempos no tan remotos contaban con gestión y administración propia. En la actualidad ha sido desechada por la conveniencia de acudir a una gestión profesional, especialmente porque las Cooperativas de viviendas van aumentando en número de socios y viviendas, y por la complejidad de la vida jurídica y contable de las personas jurídicas en general. Ello no es óbice para que, si los socios lo desean, la gestión siga en manos de los órganos cooperativos, evitando la delegación de la gestión de la construcción, e incluso de la propia administración de la Cooperativa. Dicha gestión delegada supone evidentemente un coste, al ser asumida por una empresa distinta de la propia Cooperativa, aunque también implica la recepción de responsabilidad por su actuación.

El hecho de que la propia Cooperativa se ocupe de las funciones de administración no afecta a la relación jurídica entre la Cooperativa y el socio, entre cuyas facultades permanece la organización o administración, ni tampoco influye sobre la adquisición de la propiedad de la vivienda por los socios. Los temas relativos a las responsabilidades en la construcción de viviendas se ven modificados, ya que la responsabilidad por gestión diligente, si no se delega, queda en manos de la Cooperativa y sus propios órganos.

En estos dos casos, en que la Cooperativa construye y/o gestiona, puede afirmarse la existencia de una relación jurídica compleja entre la Cooperativa y el socio, y la dualidad planteada, Cooperativa – comunidad.

* Como supuesto extremo de delegación también es posible que la empresa gestora contratada asuma las funciones del constructor, contratando la obra, y ocupándose

incluso de la representación de la Cooperativa, en cuyo caso habría que plantearse si no se trata de un caso clarísimo de promoción inmobiliaria y, es más, de un supuesto concreto de simulación de la figura cooperativa.

5. ESTUDIO DE HIPÓTESIS PARECIDAS O CON NOTAS SIMILARES EN OTROS PAÍSES.

Vamos a analizar aquellos países de nuestro entorno en que se admite, entre otras vías, la adquisición de la propiedad individual por el socio, y veremos si aportan alguna nota interesante que pueda ser aplicada al supuesto cooperativo que analizamos, en el sentido planteado. Nos estamos refiriendo, por supuesto, a la regulación italiana y francesa, y en concreto a los casos de división de lo edificado entre los socios, que ya fueron tenidas en cuenta en el capítulo anterior al analizar la representación de la Cooperativa por el socio. En Francia e Italia las relaciones asociativas y de organización de la voluntad de los socios en las Cooperativas son similares a las de nuestro ordenamiento, a diferencia del sistema de organización alemán. La razón de presentar de forma independiente el contenido de este apartado responde a una mejor comprensión del mismo, evitando la confusión de éste con nuestro régimen jurídico.

5.1. Italia

Se pueden encontrar referencias a la hipótesis planteada tanto en la regulación como en la doctrina. En ambos casos, en principio, no es preciso distinguir las Cooperativas de construcción subvencionadas (ayuda estatal) de las libres.

5.1.1. Doctrina.

La obtención de la vivienda por el socio en las Cooperativas de construcción es analizada por la **doctrina**, tanto desde la perspectiva del contrato de cambio –ya estudiado en el capítulo II- como en orden a la división de la cosa común.

En la actualidad la doctrina italiana opta por considerar la utilización de los servicios cooperativos como contratos de cambio unidos al de sociedad, celebrados entre la Cooperativa y el socio; o bien como un supuesto de división de lo edificado entre los socios, retomando en este último caso hipótesis más antiguas, tendencias observadas, minoritarias, que se muestran favorables a considerar que se produce una división de la comunidad sobre lo edificado entre los socios. No obstante, esta segunda posibilidad parece responder, según algún autor¹⁸⁴, a la situación inicial en la evolución sobre la personalidad jurídica independiente de la Cooperativa, en la que la división de la cosa común, obra o edificio, entre los socios, surgió inicialmente como posibilidad antes de que se reconociera legalmente la personalidad jurídica de la Cooperativa. En esta época podía entenderse que la asignación de vivienda era una división de la cosa común, pero una vez admitida la naturaleza jurídica de la Cooperativa se habla de contrato de cambio. También en Italia, en general, se hace referencia al hecho de que, hasta la individualización del préstamo en las Cooperativas subvencionadas de propiedad individual, la situación jurídica es similar a las Cooperativas indivisas.

Algún autor más alude expresamente a la posibilidad de división, y afirma que la base de ella es la situación comunitaria que subyace, y la necesidad de respetar el principio de igualdad de tratamiento, teniendo en cuenta que mediante esta fórmula podría

conseguirse el mismo resultado práctico que con los contratos de cambio. Ante la inidoneidad de la prestación accesorio, recurre BASSI¹⁸⁵ a señalar los perfiles del problema, refiriéndose a la época de vigencia del Código de comercio; y se plantea la duda de acudir a los contratos de cambio o a la división entre los socios, manteniendo que es más lógico acudir al mecanismo de la comunidad entre los socios, seguida de una eventual división, antes que a los contratos de cambio¹⁸⁶, porque podría alcanzarse el mismo resultado con la división que con el cambio articulado en fases -aunque la

¹⁸⁴ BONFANTE, G.: *"La legislazione cooperativa. Evoluzione e problemi"*. Quaderni di Giurisprudenza commerciale AG Giuffrè editore. Milano 1990, pág. 44, 70 y 119-120. Este autor plantea el problema como resultado de la evolución de la legislación cooperativa.

¹⁸⁵ BASSI, A.: *"Commentario al Codice Civile"* diretto da Piero Schlesinger. Arts. 2511 a 2548: Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici. Giuffrè editore, Milano 1988. Pág. 89 y ss. Así, BASSI hace referencia tanto a la existencia de una relación de cambio entre la Cooperativa y el socio, puesto que aunque en el pasado se dudara de dicha naturaleza por ausencia de conflicto de intereses entre la sociedad y el socio, actualmente el disfrute del socio presupone la posible instauración y ejecución de un verdadero y propio contrato; como a la posibilidad de división entre los socios. Cita la prestación accesorio del artículo 2345 del Codice Civile como figura utilizada, aunque se rebate a si mismo, manteniendo que no es idónea para establecer la verdadera esencia de la relación puesto que conllevaría un problema de interpretación contractual, de reconstrucción de los derechos y obligaciones para reconducirla a otra figura contractual.

También SCORDINO, en pág. 57-58, hace referencia a las Cooperativas de construcción como específicas en base a su objeto social de asignación de las viviendas, para lo cual los asignatarios contribuyen con "las prestaciones accesorias en dinero, que conciernen las sumas exigidas (un tantum) al acto de asignación de las viviendas, así como las cuotas mensuales de amortización del préstamo contratado por la sociedad para dar curso a las construcciones, no sólo las otras sumas eventualmente destinadas a gastos de administración, manutención de inmuebles, extinción de pasivo social." En páginas posteriores, 202 y ss, en relación a las obligaciones del socio respecto a la participación social, estudia este autor las prestaciones accesorias, a las que se aplican las normas del art. 2345 del CC, aunque presentan caracteres diversos en las Cooperativas por el carácter personal de la participación social y el interés de los socios, por lo cual se admiten en éstas las prestaciones accesorias en dinero (no admitidas por el art. 2345). **"La obligación de la prestación accesorio deriva de un título diverso de la simple titularidad de la relación social, y esto es, de la adquisición de la titularidad de otra relación consecuente a la primera pero jurídicamente autónoma."** SCORDINO, F.: *"La società cooperativa"*. Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli 1970.

¹⁸⁶ BASSI, A.: *"Commentario al Codice Civile"* ... cit, pág. 89 y ss: Parte el autor de varias premisas: A) la necesidad de aplicar las normas de interpretación del contrato. B) el reconocimiento de la personalidad jurídica de la Cooperativa. Como es evidente, el recurso al esquema de la división no incide sobre la naturaleza contractual o no de los cambios mutualísticos, sino más bien sobre la naturaleza de tales contratos. El reclamo de los principios de la división puede ser realizada también hoy, sea para subrayar en términos generales y para todas las cooperativas, la situación comunitaria que se crea entre los socios y la consiguiente necesidad de respetar el principio de igualdad de tratamiento; sea porque **en algunos sectores específicos, como el de las cooperativas de construcción, también el mecanismo de la comunión entre los socios, seguida de una eventual división, podría tal vez prestarse a alcanzar el mismo resultado práctico que se consigue a través del conocido mecanismo del cambio articulado en varias fases: reserva, asignación, adquisición definitiva de la propiedad**. C) en las Cooperativas de construcción, además de la consecución de la propiedad, los socios pueden limitarse a disfrutar de las viviendas mediante contratos que transfieran el simple goce, como precisamente el arrendamiento. D) La individualización del contrato es determinante para individualizar derechos y obligaciones de las partes, sobre todo en relación a los intereses de terceros (acreedores), que deben conocer el patrimonio de la Cooperativa y el de los socios. E) la individualización de la naturaleza de los contratos adoptados incide sobre un correcto planteamiento del balance.

distinción en fases la refiere al contrato de cambio, no parece que haya inconveniente, más bien al contrario, para mantenerlas en general, como hace el legislador italiano y la doctrina y jurisprudencia, y adaptarlas al supuesto cooperativo analizado en nuestro ordenamiento jurídico-. Este autor, tanto antes como después de la afirmación anterior, e incluso en la misma obra, se refiere al contrato de cambio entre la Cooperativa y el socio.

Desde el punto de vista de la doctrina, éstas son las únicas referencias a la posibilidad de división, que no ha tenido un desarrollo excesivo. La adopción de la división, aplicándola a las Cooperativas cuando no tenían personalidad jurídica, no puede mantenerse en la actualidad, excepto que la entendamos referida, en las Cooperativas de propiedad individual, al periodo comprendido entre la inscripción como socio y la adquisición de propiedad de la vivienda –como admitimos nosotros-, o a los supuestos de propiedad indivisa. La situación de indivisión puede aceptarse, según la regulación cooperativa italiana, tanto en las Cooperativas de propiedad indivisa como en las de propiedad individual, hasta el momento de asignación e individualización del préstamo en las subvencionadas, y de asignación en las libres aunque, por la personalidad jurídica de la Cooperativa, en el ordenamiento jurídico italiano se entiende que ésta es la propietaria que transmite al socio –a diferencia del nuestro-.

5.1.2. Normativa.

Por lo que se refiere, estrictamente, a los tipos de Cooperativas de construcción regulados por el legislador italiano, la propia distinción entre Cooperativas de construcción de propiedad individual e indivisa nos sugiere también cuestiones relacionadas con la comunidad y la posibilidad de división. La regulación a la que nos referimos es, por supuesto la del TU de 28-11-1938, ya que ni el Estatuto de la Cooperación de 1947 ni la regulación del Codice Civile aluden a ello.

Las Cooperativas de propiedad indivisa tienen una base comunitaria sujeta a indivisión, el edificio de viviendas en construcción, que pertenece a la Cooperativa. A priori, sus efectos sobre la propiedad de las viviendas pueden parecer similares a los del supuesto cooperativo que analizamos en nuestro país, pero los principios en que se basan son distintos, puesto que en las Cooperativas de propiedad indivisa no se permite la enajenación de la vivienda al socio, que se cede en régimen de alquiler - puede transformarse en Cooperativa de propiedad individual, siempre que sea por medio de un acto de la Cooperativa, no de los socios singulares¹⁸⁷. Desarrolladas por la doctrina¹⁸⁸, los aspectos sustanciales que pueden destacarse en ellas son los siguientes: la propiedad de las viviendas corresponde a la Cooperativa, antes, durante y después de la construcción; las fases por las que atraviesa el procedimiento de atribución de la vivienda son: aspirante a socio, inscripción, reserva y atribución de la vivienda -aunque el TU no se refiere a ellas, indirectamente pueden deducirse de él¹⁸⁹-. Este tipo de Cooperativas no son tenidas en cuenta, ya que el objeto de estudio de nuestra tesis se refiere a la adquisición por el cooperativista de la propiedad individual del inmueble, no a los supuestos de atribución de su uso. Sin embargo, hemos planteado brevemente sus notas

¹⁸⁷ Art. 90: "Las Cooperativas que no estén constituidas exclusivamente entre socios pertenecientes a la categoría del art. 91, y que hayan obtenido el concurso o contribución del Estado, pueden construir y adquirir casas populares y económicas, sólo en **propiedad indivisa e inalienable**. En el caso de su disolución, las construcciones deben ser cedidas a los institutos para casas populares. Las citadas Cooperativas, con el consenso de los institutos de financiación, y previa autorización del Ministerio de trabajo público, pueden transformarse en cooperativas de **propiedad individual**."

ROEHRSEN, G: "*Fidilizia popolare de economica*". Enciclopedia del Diritto vol. XIV. AG, Giuffrè editore, 1965. Pág. 343.

¹⁸⁸ BASSI, A: "*Commentario al Codice Civile*" ... cit, Pág. 657.

¹⁸⁹ En el TU se regula alguna cuestión referente a ellas, como la sucesión mortis causa, en el artículo 114 del TU, según el cual sólo hay derecho de sustitución del socio al que ha sido atribuida la vivienda (no hay asignación en propiedad) por el cónyuge no separado o los hijos menores hasta que alcancen la mayor edad. No hay derecho de sustitución en los casos de aspirante, socio inscrito o con reserva; en estos dos últimos casos sólo puede obtener derecho al reembolso de la acción o cuota social. Art. 114: "En las Cooperativas para la construcción de casas populares y económicas de **propiedad indivisa e inalienable** incluso que no disfruten de contribución estatal, el socio que muera, después de la atribución de la vivienda se sustituye, por el cónyuge superstite contra el que no exista sentencia de separación personal por su culpa. Igual derecho se reserva a los hijos menores del socio difunto hasta que sean mayores de edad."

esenciales por la situación de indivisión de las viviendas que las caracteriza, y que podría llevarnos a la hipótesis planteada por nosotros, aunque concluimos que deben desecharse como solución absoluta por ser supuestos diferentes.

Con relación a las Cooperativas de propiedad individual del socio no puede entenderse que las viviendas se encuentren en indivisión temporal, salvo que doctrinalmente se quiera interpretar así la situación temporal existente en el período comprendido entre la inscripción y la adquisición de la propiedad por el socio -fase de asignación o de asignación e individualización del préstamo, según nos refiramos a las Cooperativas libres o subvencionadas-, y siempre entendiendo que la propiedad antes y durante la construcción de las viviendas corresponde a la Cooperativa, sin que exista además una comunidad de socios, como ocurre en nuestro país. Esta circunstancia, la propiedad cooperativa de lo aportado y edificado, nos aleja del supuesto cooperativo que analizamos y de las hipótesis existentes en nuestro ordenamiento jurídico, en el que se observa la dualidad de patrimonios Cooperativa-comunidad. Planteado este obstáculo esencial, vamos a referirnos a algunas de sus notas, cercanas al supuesto cooperativo estudiado o que pueden aportar alguna luz sobre él.

En Italia, la Cooperativa no construye tampoco por sí misma, encargando la construcción de las viviendas a un tercero ajeno, aunque no por ello deja de ser dueña de la obra respecto al tercero constructor¹⁹⁰; la Cooperativa adquiere la propiedad del edificio durante la construcción, como adquisición originaria por edificación sobre suelo propio¹⁹¹. Además, en Italia también se admite la posibilidad de construcción de un

¹⁹⁰ En Italia, en el TU de 1938, título V, art. 75 y ss. se permite la posibilidad de que la construcción se encargue por las cooperativas a un ente constructor mediante contrato de arrendamiento.

¹⁹¹ GALGANO, F: "Diritto privato". CEDAM, Napoli 1994, pág. 145.

edificio en comunidad, constituyendo para ello una sociedad¹⁹², aplicándose las normas sociales o comunitarias en función de lo anterior, como sería el caso cooperativo.

Con relación a las Cooperativas de construcción en régimen de propiedad individual se observa, en el art. 201¹⁹³ TU, que tras la asignación de las viviendas e individualización del préstamo -sólo asignación en caso de cooperativas libres- se inicia el régimen de propiedad horizontal o “condominio” sobre el edificio, de igual forma que en España en el momento de adjudicación de la vivienda. En este sentido, al igual que en nuestro ordenamiento, el régimen jurídico definitivo de las viviendas es la propiedad horizontal¹⁹⁴ sobre el edificio.

¹⁹² BRANCA, G: “*Comentario del Codice Civile*”. Comunione, condominio negli edifici, art. 1100 a 1139. Zanichelli 1972, pág. 243 y 368. Según el autor, si la unión dio lugar a sociedad, las normas que se aplican a la construcción son las sociales. Si no existía sociedad, salvo pacto, la construcción es común y los pisos singulares caen en propiedad de cada uno, automáticamente, según proyecto o por sorteo si así se establece, en función de lo pactado.

¹⁹³ Art. 201: “Las disposiciones contenidas en el presente título constituyen parte integrante del contrato de asignación definitiva de la vivienda cooperativa y del préstamo de construcción individual estipulado o que va a estipularse entre el socio, la cooperativa que pertenece a la casa de depósitos y préstamos. Las citadas disposiciones vinculan al propietario y a sus sucesores por cualquier título, incluso en caso de rescate. El vínculo dura hasta que las viviendas comprendidas en el mismo edificio no sean amortizadas o rescatadas.”

¹⁹⁴ En Italia, la propiedad horizontal, regulada en los art. 1117 a 1139 del Codice Civile, se compone de dos relaciones, la comunidad forzosa sobre los elementos comunes y la propiedad individual sobre las viviendas, no haciéndose referencia a que la Propiedad Horizontal tenga su origen en la división de la comunidad ordinaria. BARBERO, D: “Sistema de Derecho Privado II”. EJEA, Buenos Aires, 1967, pág. 454 y 472. RESCIGNO, P: “Manuale del Diritto privato italiano”. CEDAM, Napoli 1996, pág. 546: “*Le differenze di regime, rispetto alla comunione generale, sono legate alla particolare ragion d'essere di questa specie di condominio ed a alla natura e funzione dei beni.*” TRIMARCHI, P: “Instituzioni di Diritto privato”. Giuffrè, Milano 1996, pág. 580: “*Negli edifici in condominio ciascun condomino ha la proprietà esclusiva di uno o più appartamenti e un diritto di comproprietà sulle parti comuni dell'edificio.*” GALGANO, F: “Diritto privato” ... cit, pág. 168 y ss. TRIMARCHI, P: “Instituzioni di Diritto privato”. Giuffrè, Milano 1996, pág. 577. BRANCA, G: “*Comentario del Codice Civile*” ... cit, pág. 37.

En Italia, aunque se estime que la propiedad horizontal es un caso particular de comunidad, es diferente de ésta por la dualidad de relaciones de la primera y su carácter definitivo. De tal forma, por lo que dispone el propio legislador, es posible entender que surge la propiedad horizontal tras la asignación (e individualización del préstamo en las Cooperativas subvencionadas), al margen de que la propiedad individual de la vivienda responda formalmente a un contrato de cambio entre la Cooperativa y el socio. ALPA, G: “Instituzioni di Diritto privato”. UTET, Torino 1997, pág. 669: “*La differenza tra comunione e condominio è costituita da questo: secondo la tesi delle quote ideali, il comunista ha la proprietà su tutta la cosa, sia pure nei limiti dell'uso che altri comunisti ne facciano; il condomino invece è proprietario esclusivo di una o più parti distinte del medesimo fabbricato (piani, o porzioni di piani), e in comune con gli altri delle parti comuni dell'edificio (scale, ascensore, ecc.) Nella comunione si ha uno stato di fatto transitorio, mentre nel condominio lo stato di uso comune delle cose è permanente.*”

Aunque hay similitudes evidentes entre el supuesto italiano de construcción por la Cooperativa y la Propiedad Horizontal desde la asignación de las viviendas, y la hipótesis analizada en nuestro país, en Italia la solución es diferente puesto que la Cooperativa, como persona jurídica, adquiere la propiedad sobre lo aportado para la construcción desde su constitución, transmitiendo posteriormente la propiedad de las viviendas. En este ordenamiento la protección en las entregas de viviendas se logra asimilándolas formalmente a los contratos de cambio o transmisión. A diferencia del nuestro, en Italia la adquisición de la propiedad sólo precisa título bastante, por lo que la sucesión de fases cooperativas, que culminan en la asignación y expresan el acuerdo entre la Cooperativa y el socio, son suficientes para la adquisición de la propiedad. La asignación -y préstamo en las subvencionadas- es el convenio de declaraciones de voluntad -previa reserva-, celebrado entre el socio y la Cooperativa, que da lugar a la adquisición de la propiedad de la vivienda y al inicio del régimen de propiedad horizontal. A diferencia de nuestro legislador, que no dice nada al respecto -ni en la LC común vigente ni tampoco en las normas autonómicas-, el legislador italiano no duda respecto del momento en que surge la propiedad horizontal en las Cooperativas de construcción.

Sin embargo, hay que decir que, en Italia, las soluciones son mas prácticas que teóricas. Así ocurre con la consideración formal como contrato de cambio. De cara a la hipótesis que nosotros planteamos, de dualidad Cooperativa-comunidad y adjudicación de las viviendas mediante división de la comunidad formada por los socios, el ordenamiento jurídico italiano nos aporta muy poco, porque las bases esenciales son diferentes. No podemos admitir la visión del legislador y la doctrina italiana como válidas y aplicarla sin más en nuestro país, especialmente por la situación de propiedad de la Cooperativa sobre la “masa de gestión económica” durante la construcción de las viviendas.

Pese a las diferencias, es interesante tener en cuenta que en Italia también se permite la existencia de una comunidad de construcción, utilizando la figura cooperativa, que “deja paso” al régimen de propiedad horizontal; y ello sin perjuicio de que en nuestro ordenamiento deba partirse de la distinción y separación de patrimonios de la Cooperativa y la comunidad de socios. Admitimos como válidas las fases de la vida cooperativa en la relación entre ésta y el socio y vamos a intentar adaptarlas al supuesto que analizamos, lo que haremos en el siguiente apartado por lo que no hacemos mención a otras cuestiones relativas a las Cooperativas de construcción, que serán analizadas en el estudio de dichas fases.

5.2. Francia.

En Derecho francés la evolución de las normas de Cooperativas de viviendas, “de construction”, y su inclusión en el Code de la construction responden a la pretensión de controlar y evitar abusos en la actuación de los sujetos, los constructores o promotores que utilizan la Cooperativa para beneficiarse de ésta sin asumir riesgos. El Derecho Francés distingue tres tipos de Cooperativas de viviendas, de construcción, de producción y de alquiler atribución, de los cuales el de construcción es similar a nuestras Cooperativas de viviendas. La Cooperativa de construcción es una de las figuras que se emplea en la construcción de inmuebles cuando la Cooperativa es propietaria del terreno, y su evolución, inicialmente de alquiler con promesa de atribución, produciéndose la división o parcelación del inmueble total según el lote correspondiente a cada socio, se ha ido acercando a la admisión de la venta como posibilidad. De tal forma, en la actualidad se admite y regula, dentro de las Cooperativas de construcción, una dualidad de supuestos, de venta y de atribución con división entre socios.

El ordenamiento jurídico francés recoge la división de lo edificado junto con el contrato de cambio celebrado entre la Cooperativa y el socio, como posibilidades legalmente admitidas respecto de distintos supuestos prácticos. No ocurre como en Italia, dónde se desarrollan también doctrinalmente estas dos opciones.

En Francia, la existencia de una comunidad y su posterior división entre los socios tuvo aceptación en épocas pasadas¹⁹⁵, como fórmula por la que el socio adquiriría la propiedad de la vivienda. En 1971, el “**Code de la construction et de l’habitation**” regula exhaustivamente las sociedades cooperativas de construcción y dentro de ellas distingue dos tipos, según el acceso a la propiedad, de atribución con división entre socios, y de venta¹⁹⁶. La regulación cooperativa se inspira en el derecho de la promoción inmobiliaria

¹⁹⁵ PAPILLON, M : “*Les sociétés coopératives d’habitations à bon marché*”. Presses universitaires de France, Paris 1929. Pág. 27 y ss, y 54 y ss. Resumiendo esta **evolución histórica**, que en algún momento fija su atención en la división de las viviendas entre los socios: al inicio del actual siglo, y especialmente después de la primera guerra mundial, las Cooperativas se desarrollan en Francia en torno a la “habitation à bon marché”, como una posible solución para resolver los problemas de ausencia de alojamientos higiénicos para la población. Otras citadas son : actuación de filántropos, industrias de construcción dedicadas a ello, fundaciones y otras personas públicas y privadas, sociedades de crédito inmobiliario... La actuación de las Cooperativas en esta época, como sociedades por acciones de capital variable sujetas a la **Ley de 24-7-1867**, se basa principalmente en el alquiler con promesa de atribución. La sociedad adquiere los terrenos, inicia la construcción, y firma con sus socios un contrato de alquiler con promesa de atribución. La atribución se materializa cuando el socio pague el interés del préstamo solicitado para la construcción de las viviendas y los gastos de la Cooperativa que le correspondan, obteniendo la propiedad de la vivienda. La propiedad que obtiene es fruto de la parcelación o división, que no venta, del valor del inmueble total, según el lote que corresponde a cada socio en función de las acciones que posea y el precio que ha pagado (pago del valor del inmueble). En 1938 se regula la materia de sociedades de construcción. En 1947 se pretende la promulgación de un estatuto unitario sobre la cooperación, como inicio de un código general sobre ésta, que no se logra, subsistiendo los estatutos particulares de las distintas regulaciones según la actividad. Después de la segunda guerra mundial, por **D. 1012 de 22-11-1965**, las Cooperativas se limitan no sólo a la transmisión de la propiedad sino a quedarse con la propiedad, concediendo a los socios un derecho de goce o arrendamiento. Los dos tipos de Cooperativas, de propiedad y uso no pueden coexistir en una misma entidad. En esta época, se distinguen también dos categorías de Cooperativas HLM, “habitations à loyer modéré”: de alquiler - atribución (alquiler durante un periodo y propiedad posterior), y de alquiler incompatible con la propiedad. El movimiento cooperativo se desarrolla fuera de la legislación de HLM, sin prestar excesiva atención al espíritu cooperativo auténtico. Así afirma SAINT-ALARY, G : “*Répertoire DALLOZ*” : Droit des sociétés, cooperatives d’habitation, tomo II. Dalloz, Paris 1989. Pág. 2 : que “Raramente se movían por un espíritu cooperativo auténtico. Más frecuentemente, sus miembros no veían en ellas más que un medio de adquirir la propiedad con costes mínimos. Es más, como eran frecuentemente incapaces por sí mismas de conducir la operación de construcción, acudían a especialistas, animadas por el espíritu cooperativo. Al contrario, estos especialistas eran frecuentemente promotores privados que se situaban al abrigo cooperativo para atraer más fácilmente clientes y para limitar al máximo la responsabilidad en que podían incurrir por el hecho de su intervención. Este empleo abusivo de la técnica cooperativa y perjudicial a los intereses de los cooperadores explica la evolución posterior.”

¹⁹⁶ SAINT-ALARY, G : “*Répertoire DALLOZ*” : Droit des sociétés, cooperatives d’habitation, tomo II... *cit.*, pág. 2.

privada en materia de gestión, por lo que comienza a hablarse de cooperativas de construcción¹⁹⁷; el ordenamiento francés comienza a tener constancia de nuevas situaciones que se plantean respecto a la gestión cooperativa, cuando se produce una delegación del poder de gestión a sujetos asalariados independientes de la Cooperativa¹⁹⁸, con los beneficios de organización y de los perjuicios económicos que ello implica.

Las Cooperativas de construcción de viviendas en general se regulan específicamente desde 1971, Ley 71-579 de 16-7, en el "Code de la construction"¹⁹⁹, iniciado en 1967 y

Pese a ello, algunos autores continúan incluyendo dentro de los tipos de cooperativas a las de alquiler - atribución, reguladas en la Ley de 12-7-1984: AUBY, JB y PÉRINET-MARQUET, H: "*Droit de l'urbanisme et la construction*". Montchrestien, Paris 1995, pág. 834 y ss. Périnet, previo desarrollo de las normas generales de las sociedades cooperativas, distingue tres tipos de cooperativa: de venta, de atribución y de alquiler - atribución. Las de **atribución** deben necesariamente recurrir al contrato de promoción inmobiliaria: y en ellas los socios tienen derecho a la atribución de un lote cuyo objeto se concretará en la parcelación definitiva o la baja de aquél. Las cooperativas que transmiten la propiedad mediante una **venta** (en estado de acabado futuro), no precisan la conclusión de un contrato de promoción inmobiliaria. El precio de la venta del inmueble es provisional, y su determinación se producirá cuando se acaben los trabajos de construcción. El sistema de **alquiler - atribución** puede ser utilizado por las cooperativas de construcción desde la Ley de 12-7-1984. En él se corre un riesgo, si el adquirente no opta por la propiedad del inmueble poniendo en peligro el equilibrio financiero de la cooperativa, por lo cual dicho contrato debe garantizarse por un tercero. Como ejemplos de alquiler - atribución se citan las sociedades cooperativas de HLM de alquiler - atribución creadas antes de 1971.

¹⁹⁷ SAINT-ALARY, G: "*Répertoire DALLOZ*": Droit des sociétés, cooperatives d'habitation, tomo II... *cit*, pág. 2. La gestión por la Cooperativa desaparece desde el momento en que las viviendas construidas pasan al régimen de copropiedad de los socios. Además se suprimen las sociedades de alquiler cooperativo para los supuestos de HLM, y las de alquiler - atribución para el futuro.

¹⁹⁸ GOURLAY, PG: "*Répertoire DALLOZ*": Droit des sociétés, cooperatives, tomo II. Dalloz, Paris 1990, pág. 8.

¹⁹⁹ Este derecho especial contiene normas específicas del sector y otras que modifican el Código Civil, que queda como derecho común. Dentro de la construcción se diferencia el sector protegido para vivienda o mixto de vivienda y profesional, del libre. Así, dentro de la regulación actual de la construcción, incluidas las Cooperativas, las normas del Code de la construction distinguen la actuación protegida, para uso de viviendas o mixto de viviendas y profesional, del resto. En función del destino toda construcción para uso de viviendas se encuentra dentro del sector protegido, al que se aplica la regulación citada del Code, cuyas normas específicas no se aplicarán a otros casos de construcción para uso libre, no protegido. A la construcción libre se aplican las normas básicas del Code de la construction que estén incorporadas al Code Civil. Además, como veremos, también existen normas específicas que ofrecen especial protección a supuestos concretos, como los casos de HLM o "habitations à loyer modéré". Respecto de las Cooperativas de construcción la previsión del Code de construction es regular indistintamente las HLM y las que no lo sean, aunque realmente no consigue esta identidad (y ello porque la discusión sobre el alcance y contenido de la regulación cooperativa queda eclipsada por la discusión sobre las sociedades de atribución).

El artículo L. 242-1 establece el criterio que determina el uso de vivienda: "para aplicar los artículos 212-10, 213-1 y 222-1, un inmueble colectivo es considerado como un inmueble para uso de vivienda o profesional v de vivienda cuando el 10% al menos de su superficie está afectada a uno de estos usos."

sucesivamente modificado en 1971, 1978 y 1972 y fechas posteriores. En la actualidad, dentro de las dos clases indubitadas de Cooperativas de construcción, de atribución y de venta, la posibilidad de división de lo edificado se manifiesta y admite respecto de un tipo, las de atribución -en lotes que se dividen entre los socios-.

Las Cooperativas de construcción-atribución se regulan como Cooperativas de construcción dentro del estatuto de los constructores²⁰⁰. La regulación de las cooperativas²⁰¹, al igual que otras normas de las sociedades de construcción de viviendas y las de promoción inmobiliaria, se refieren exclusivamente al sector protegido, de viviendas o mixto. Además, algunos autores²⁰² distinguen dos situaciones en la construcción de inmuebles, en función de la propiedad del terreno, que en el caso cooperativo es del adquirente.

Las sociedades cooperativas que construyan inmuebles para usos distintos salen del campo de aplicación de estos artículos del Código de construcción. Así lo afirma WALET, P.: *"Répertoire DALLOZ"*: Droit des sociétés, cooperatives de construction, tomo II, Dalloz, Paris 1994, Pág. 5.

²⁰⁰ En el libro II, estatuto de los constructores, el título primero se refiere a las sociedades de construcción entre las cuales se contemplan, en el art. L.210-1: *"Le statut des sociétés de construction demeure régi: ... en ce qui concerne les sociétés coopératives de construction..."*

²⁰¹ Las Cooperativas de construcción a diferencia de las sociedades de atribución, se caracterizan por su objeto, limitado a la construcción, por la transmisión de la propiedad que puede ser por vía de venta o de atribución-división, por el recurso no obligatorio en todos los casos al contrato de promoción inmobiliaria y la prohibición de la cesión durante el período de construcción para evitar la especulación. Art. 213-1 Code de la construction: *"Les sociétés coopératives de construction ayant pour objet la construction d'un ou plusieurs immeubles en vue de leur division par lots ou d'un ensemble de maisons individuelles groupées à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation destinés à être attribués ou vendus aux associés sont des sociétés à capital et à personnel variables. L'objet de ces sociétés comprend, en outre, la gestion et l'entretien des immeubles jusqu'à la mise en place d'une organisation différente."*

MALINVAUD, P y JESTAZ, P.: *"Droit de la promotion immobilière"*, Dalloz, Paris 1995, pág. 328: En relación a las diferencias entre las sociedades de atribución y las Cooperativas, afirman que la Cooperativa es una forma social determinada, puede transmitir la propiedad por división o por venta aunque ésta sea más bien formal, generalmente transmiten la propiedad, construyen inmuebles para uso de vivienda, y tienen prohibido la cesión de las partes de los socios a terceros.

²⁰² MALINVAUD, P y JESTAZ, P.: *"Droit de la promotion immobilière"* ... cit, pág. 207 y ss y 457 y ss. La primera, si el adquirente no es propietario del terreno (mayoría de supuestos), las fórmulas posibles son: la venta, mediante sociedad civil de venta de inmuebles (que busca obtener un beneficio), la atribución de lotes que posteriormente se concretan al dividirse en el caso de sociedades de atribución (que construyen a precio de coste) y la posibilidad de alquiler - venta. En segundo lugar, si el adquirente es propietario del terreno, las vías factibles son el arrendamiento de obra o promoción, la sociedad de atribución y la sociedad cooperativa.

Antes de analizar de forma singular el supuesto de las Cooperativas de atribución, vamos a resumir las notas generales de las Cooperativas de construcción, aplicables tanto a las de venta como a las de atribución para la mejor comprensión de estas últimas. Respecto a las Cooperativas de construcción en general, puede afirmarse lo siguiente. Se expresa claramente en el art. L. 213-1, que la construcción es su objeto, atribuyéndose la propiedad²⁰³ y no el goce de los inmuebles a los socios, propiedad que puede conseguirse de dos formas, en lotes que posteriormente se dividirán, o bien mediante la venta -que se someterá a las normas de la de acabado futuro, regulada en el artículo 1601 del Code Civil-. Las Cooperativas de construcción promueven y construyen viviendas para sus socios. La forma de constitución de la Cooperativa es elegida por los socios entre cualquier tipo societario civil o mercantil, y los órganos de la sociedad, cuya forma ha adoptado la Cooperativa, se ocupan del funcionamiento de la Cooperativa

La regulación cooperativa se aplica hasta la puesta en funcionamiento de una organización distinta²⁰⁴, según dispone el citado artículo L-213-1. Las normas dictadas

²⁰³ En opinión de WALET, P : "Répertoire DALLOZ" : Droit des sociétés, coopératives de construction, tomo II... *cit.*, 994, pág. 5, en el caso de venta sólo ésta es la fórmula autorizada para transmitir la vivienda, mientras que en la de atribución debe realizarse mediante una división global implicando disolución - liquidación de la sociedad o por divisiones parciales o retracts : "la atribución en propiedad está casi siempre precedida de una atribución en uso que es, salvo casos particulares, generalmente de corta duración. Por contradicción, la atribución sólo de uso está prohibida en las sociedades cooperativas de construcción."

²⁰⁴ SAINT-ALARY, G : "Répertoire DALLOZ" : Droit des sociétés, coopératives d'habitation, tomo II... *cit.*, pág. 3. Este autor manifiesta que la razón de esta limitación es la voluntad del legislador a poner un término a la actividad de su cooperativa después que ésta realice su objeto principal.

Opina WALET, P : "Répertoire DALLOZ" : Droit des sociétés, coopératives de construction, tomo II... *cit.*, pág. 6, que "la sociedad cooperativa es un cuadro jurídico de realización de una operación de construcción que debe desaparecer después de la realización de las ventas o atribuciones a los asociados. Son sociedades en las que la duración es en principio relativamente corta, a excepción de las sociedades cooperativas que se benefician de una financiación ILM y practican las ventas a término, en las que la transferencia de la propiedad se produce con el pago integral del precio, eventualmente 25 años después de que finalicen los actos de la venta a término. La sociedad cooperativa de construcción - atribución asegura la gestión y administración hasta la primera atribución resultante de la división en propiedad implicando la aparición de la copropiedad o de otra organización o asociación sindical. En las sociedades de construcción - venta, la copropiedad aparece desde el acabado del inmueble si ha habido al menos una venta en estado de acabado futuro o una venta de inmueble acabado."

para regular las cooperativas de construcción se consideran de orden público, como impone expresamente el artículo L. 213-15²⁰⁵.

El objeto se limita a la edificación de inmuebles de un mismo programa inmobiliario. Se prevé la separación de los programas inmobiliarios en diferentes cooperativas, aunque en cada una de ellas pueden insertarse una o más series -podemos entender, una o más fases, según el artículo L. 213-2²⁰⁶-.

En las Cooperativas de construcción se distingue expresamente según intervenga o no un tercero en la construcción. En caso de que el programa inmobiliario sea realizado por un tercero, se prevé la obligatoriedad de acudir al contrato de promoción inmobiliaria, como así mantiene el artículo L. 213-3²⁰⁷ -regulado desde 1971 en el art. 1831 del CC, disposiciones generales introducidas por el art. L.221 del Code de la construction, y en el art. L.222 de éste, para los casos de vivienda o mixtos-. Como veremos más adelante, la remisión obligatoria a las normas del contrato de promoción inmobiliaria se produce en los supuestos de atribución de lotes y posterior división, ya se encargue de la construcción un tercero ajeno, o lo haga el representante legal o estatutario de la Cooperativa, así como en las Cooperativas de venta, sólo en el caso de que intervenga un

²⁰⁵ Art. 213-15 Code de la construction: *"Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public"*.

²⁰⁶ Art. 213-2 Code de construction: *"Chaque société coopérative de construction doit limiter son objet à l'édification d'immeubles compris dans un même programme, comportant une ou plusieurs tranches, d'ensemble immobilier."* Se entiende por "programme", programa inmobiliario, "el constituido por la totalidad de viviendas y locales de uso comercial o profesional en los que el número máximo está previsto en los Estatutos de la sociedad cooperativa de construcción y que son susceptibles de ser construidos sobre una parcela o un grupo de parcelas contiguas o que son objeto de una misma autorización de construcción... un permiso de construcción." Se entiende por "tranche", serie o fase, "la constituida por uno o más edificios cuyas condiciones técnicas de realización y utilización no están subordinadas a la realización del resto del programa... cada serie es técnicamente autónoma a las otras". WALET, P: *"Répertoire DALLOZ"*: Droit des sociétés, cooperatives de construction, tomo II. Dalloz, Paris 1994. Pág. 5; y en 17 y ss se refiere a los casos de varias series o fases dentro de un mismo programa, para los que se prevé la separación de los dividendos pasivos y fondos de cada una de ellas, con posibilidad de funcionar mediante asambleas especiales de asociados según cada fase (art. L. 214-1 y ss).

²⁰⁷ Art. 213-3 Code de construction: *"Une société coopérative de construction ne peut confier à un tiers la réalisation de son programme de construction qu'en vertu d'un contrat de promotion immobilière conforme au titre II du présent livre."*

tercero. No se aplican las normas de la promoción inmobiliaria cuando la gestión y ejecución de la construcción se encargue a una SA cooperativa de producción de HLM²⁰⁸ o a sociedades de economía mixta, según expone el art. L. 222-2, aunque entonces se exige la conclusión de un contrato de prestación de servicios similar al de promoción. Tampoco se aplican las normas de la promoción inmobiliaria si la persona que se obliga respecto del dueño de la obra lo hace para el cumplimiento de operaciones simplemente administrativas previstas en el Code Civil²⁰⁹.

Para evitar el riesgo de la falta de medios financieros y evitar que la construcción sea, en realidad, un instrumento de comercialización para el promotor, el legislador ha previsto,

²⁰⁸ La función de estas Cooperativas de producción de HLM es asistir, como prestatarios de servicios, a personas físicas y a sociedades cooperativas de construcción, para la realización y gestión de programas de construcción, según el art. L. 422-3, facilitando la construcción, gestión y acceso a viviendas de "renta limitada", siempre dentro del programa de HLM.

Art. L.422-3 : *"Las Sociedades anónimas cooperativas de producción de viviendas de renta limitada tienen por objeto :*

1° Asistir, a título de prestadores de servicios, a las personas físicas y a las sociedades cooperativas de construcción, constituidas de acuerdo con el capítulo III, del título I, del libro II (art. L.213), para la realización y la gestión de programas de construcción relacionados con el acceso a la propiedad ;

2° Con objeto de procurar el acceso a la propiedad, construir, adquirir, realizar trabajos, vender y administrar inmuebles destinados a vivienda o a uso profesional o de vivienda o destinados a este uso ;

3° Asistir, a título de prestadores de servicios, a las personas físicas o jurídicas al objeto de la realización de todos los trabajos relacionados con los inmuebles existentes destinados a vivienda o a uso profesional y de vivienda ;

4° Distribuir los lotes ;

5° Construir alojamientos de esparcimiento de orientación social, según las modalidades previstas en el artículo L.421-1. Toda operación realizada en aplicación del apartado 2°, del presente artículo, deberá ser objeto de una garantía de financiación y de una garantía de adquisición de los locales no vendidos. Las sociedades anónimas cooperativas de producción de viviendas de renta limitada procederán periódicamente al examen analítico de su situación financiera y de su gestión...

Debe dejarse constancia que la Ley 657 de 20-7-1983 amplió las facultades de estas sociedades, siempre que sean autorizadas a ello: "construir, adquirir, preparar, restaurar, agrandar, mejorar, en vista a la acceso a la propiedad, y gestionar los inmuebles para uso de vivienda o a uso profesional y de vivienda ; asistir, a título de prestatario de servicios, de las personas físicas o morales en vista de la realización de todas las operaciones de preparación, restauración, engrandecimiento y mejora de inmuebles existentes y destinados a uso de vivienda o a uso profesional y de vivienda ; realizar alquileres, construir, adquirir, preparar, restaurar, agrandar, mejorar y gestionar los inmuebles en vistas de arrendamiento y destinados a un uso de vivienda o profesional y de vivienda, a condición de que los arrendatarios no estén asociados en la sociedad cooperativa." GUILLET, E : "Répertoire DALLOZ" : Droit des sociétés. Habitation à loyer modéré, tomo III. Dalloz, Paris 1989. Pág. 15. También el art. 432-2.

²⁰⁹ WALET, P : "Répertoire DALLOZ" : Droit des sociétés, cooperatives de construction, tomo II... *cit*, pag. 9.

en el art. L. 213-4²¹⁰, que la construcción precise, para su inicio, un número de asociados mínimo -igual o superior al 20% de la serie concreta-, así como una garantía de la financiación de lo no suscrito en el programa -sobre las sumas que serían exigibles a los suscriptores eventuales, respecto a los gastos de terreno, estudios... no los de acabado de la vivienda concreta-, y la garantía de su suscripción -sobre los no suscritos, si pasado un plazo no han sido suscritos, el garante se obliga a suscribirlos-. También puede exigirse la garantía, por un tercero, de los empréstitos contraídos por los socios para hacer frente a la realización del objeto social -banco, sociedad de seguros, o cualquier otra persona..., art. L. 213-9²¹¹-. La Cooperativa puede acordar una garantía hipotecaria sobre los préstamos contratados por los asociados, para satisfacer lo exigido por la sociedad para la realización del objeto social. Dicha garantía es contratada por la Cooperativa, y debe ser “autorizada por los Estatutos, con la estipulación de que el endeudamiento de la sociedad esté estrictamente limitado a las partes divisas e indivisas del inmueble social a las cuales el beneficiario del crédito tiene vocación en propiedad. La cuestión de la garantía hipotecaria es específica de las sociedades Cooperativas de construcción -

²¹⁰ Parece, según la doctrina, que las garantías deberían haberse establecido respecto de una serie o fase, al igual que el número mínimo, y no respecto del programa en general: WALLET, P: “*Répertoire DALLOZ*”: Droit des sociétés, cooperatives de construction, tomo II... *cit*, pág. 11. MALINVAUD, P y JESTAZ, P: “*Droit de la promotion immobilière*”... *cit*, pág. 369.

Art. 213-4 Code de la construction: “*Une société coopérative de construction ne peut entreprendre chaque tranche du programme prévu par les statuts que si le nombre des associés est au moins égal à 20% du nombre total de logements et de locaux à usage commercial ou professionnel à construire dans la tranche comprise dans l'ensemble du programme, ainsi que leur souscription, sont garantis. Les associés souscrivant plus de deux logements ou plus d'un local à usage commercial ou professionnel sont également tenus de fournir la garantie de financement prévue à l'alinéa précédent. La construction d'un appartement ou d'un pavillon témoin n'est pas considérée comme entraînant l'application des conditions fixées au premier alinéa du présent article.*”

²¹¹ Art. 213-9 Code de la construction: “*Une société coopérative ne peut exiger ni accepter d'un associé, sous quelque forme que ce soit, aucun versement ou remise autres que ceux nécessaires au paiement des études techniques et financières du programme et à l'achat du terrain, avant les décisions de l'assemblée générale prévues à l'article L. 213-7, premier alinéa, ni avant la signature du contrat de vente, ni avant la date à laquelle la créance de la société sur l'associé est exigible. Toutefois, le prix du terrain peut être déposé par le vendeur en compte courant ouvert à son nom dans les livres de la société. La société peut donner caution hypothécaire par la garantie des emprunts contractés par les associés pour leur permettre de satisfaire aux appels de fonds de la société nécessaires à la réalisation de l'objet social. La caution hypothécaire doit être autorisée par les statuts, avec stipulation que l'engagement de la société est strictement limité aux parties divisées et indivisées de l'immeuble social auxquelles le bénéficiaire du crédit aura vocation en propriété.*”

atribución que son propietarias de los inmuebles hasta la atribución en propiedad”²¹². Todas estas garantías conllevan una ventaja, el riesgo no es asumido por los otros socios, pero también un inconveniente, un mayor coste. Otras garantías obligatorias que contrae la Cooperativa, o el promotor inmobiliario si lo hay, son las del constructor no ejecutor y las de pérdida de la construcción.

Antes del inicio de los trabajos de construcción deben redactarse algunos documentos²¹³ como los Estatutos de la Cooperativa, en los que se establecerán las reglas sobre: forma de la sociedad -civil o mercantil según su objeto, sólo obligatoriamente SA en los casos de HLM-, capital variable -fijado según reglas de cada sociedad-; así como la descripción de la división -o venta- y reglas de la propiedad horizontal posterior aplicables desde la primera atribución o venta -art. 213-1 con relación al 212-2: partes comunes y privativas-; y la constatación y redacción del contrato de promoción inmobiliaria en caso de que exista -por acto separado o no-.

Continúa el Code de construction regulando expresamente, en el art. L. 213-7, que la Asamblea General debe aprobar las condiciones técnicas y financieras de la ejecución de los trabajos antes de que éstos comiencen, el proyecto de construcción, la división de la construcción en varias fases, la construcción encargada a un tercero, la adjudicación de los gastos en general y de cada lote ... -también en el art. L. 214-9 en relación a la liquidación de las cuentas-. Antes del acuerdo de la Asamblea, la Cooperativa no puede exigir ni aceptar de los socios ningún pago, excepto aquellos que se realicen para

²¹² WALET, P : “*Répertoire DALLOZ*” : Droit des sociétés, cooperatives de construction, tomo II... *cit*, pág. 19. Este autor mantiene que, pese a que no se distingue entre los diversos tipos de Cooperativas de construcción, debe estimarse que “las disposiciones que afectan a la garantía hipotecaria no conciernen más que a la sociedad cooperativa de construcción - atribución que queda como única propietaria del inmueble hasta la atribución a un asociado de un lote en propiedad, mientras que en el sistema de la venta en estado de acabado futuro, el adquirente es propietario del inmueble a medida en que éste se construye.”

²¹³ WALET, P : “*Répertoire DALLOZ*” : Droit des sociétés, cooperatives de construction, tomo II... *cit*, pág. 6 y ss.

estudios técnicos y financieros y para adquisición de terrenos, como dispone el art. L. 213-9.

El Code contiene escasas normas sobre la administración de la cooperativa, lo que obliga a remitirse, en opinión de algunos autores²¹⁴, al Estatuto de la Cooperación de 1947, que prevé una Asamblea General y un órgano rector. Respecto al control de la actuación de los órganos cooperativos se regula la rendición de cuentas a un Consejo de supervisión²¹⁵.

En el artículo 213-11 se desarrolla la transmisión de la posición cooperativa durante la construcción, prohibida expresamente si es voluntaria, onerosa e *inter vivos*, sin hacerse ninguna referencia a las gratuitas y *mortis causa*. También se contemplan la dimisión y exclusión de los socios durante el período de construcción, y sus efectos sobre las viviendas. Algún autor matiza que “mientras en las sociedades cooperativas de construcción - atribución, la unión entre derechos sociales y derechos inmobiliarios es perfecta, no es igual en las sociedades cooperativas de construcción - venta²¹⁶.”

Abandonamos las notas generales de las Cooperativas de construcción, y nos centramos en las de atribución o división en lotes, cuyo carácter esencial es la división de lo edificado entre los socios. En las Cooperativas de construcción-atribución en lotes la propiedad de la vivienda se transmite después de aportar las sumas necesarias para realizar el objeto social, proporcional al valor del lote con relación al conjunto, según

²¹⁴ MALINVAUD, P y JESTAZ, P : “*Droit de la promotion immobilière*” ... *cit*, pag. 375.

²¹⁵ Art. L. 214-6 al L. 214-9 del Code. Se rinden cuentas de la gestión y la buena marcha de los asuntos de la sociedad cuando les sea exigido, en cualquier caso cada tres meses, así como de los resultados de las solicitudes de concurrencia y de los proyectos contratados con empresas para los trabajos de construcción (art. L. 214-7). Esta figura se prevé especialmente para los supuestos de cooperativas de construcción - atribución, estableciéndose sanciones en caso de incumplimiento.

²¹⁶ WALET, P : “*Répertoire DALLOZ*” : Droit des sociétés, cooperatives de construction, tomo II... *cit*, pag. 14.

afirmación expresa del art. 213-10²¹⁷ del Code de la construction. Este mismo artículo dispone que, si el asociado no cumple con sus obligaciones, la Cooperativa puede proceder a la venta forzosa de sus derechos sociales. Si la Cooperativa no cumple sus obligaciones, se repartirá el activo entre sus asociados según las normas de derecho común aplicables al tipo de sociedad elegida según la forma²¹⁸.

Hasta la atribución de la propiedad de las viviendas la Cooperativa es dueña de la obra, y puede actuar contra los contratistas por vicios... En este tipo de sociedad la unión entre derechos sociales e inmobiliarios es perfecta, los derechos de los socios están representados en partes o acciones, dando lugar a la atribución de un lote a cada socio; los derechos de los socios en el capital social quedan afectos a los lotes. En estas Cooperativas los asociados responden por los dividendos pasivos²¹⁹, y los derechos privativos de los asociados están representados por la parte que da lugar a la atribución de un lote, cuya propiedad no puede pretenderse salvo que se hayan pagado las sumas necesarias, correspondiendo al valor de su lote. No se ha previsto que la ausencia de proporcionalidad entre el pago y el valor de lote implique una sanción, o que exista una acción de reembolso de los asociados que pagaron de más, aunque si se hace referencia a la posibilidad de revisión del reparto de cargas -en el art. L. 212-6-. No se concreta la naturaleza exacta del pago, aunque WALET²²⁰ entiende que debe permitir la realización del objeto social y la gestión y administración del inmueble. No se ha previsto la forma

²¹⁷ Art. 213-10 Code de la construction: *"Si les droits privatifs des associés sont représentés par des parts ou actions donnant vocation à l'attribution d'un lot, chaque associé ne peut prétendre à la propriété du lot qui lui est destiné qu'après avoir versé à la société les sommes nécessaires à la réalisation de l'objet social, proportionnellement à la valeur de son lot par rapport à la valeur de l'ensemble. Si un associé ne satisfait pas à ses obligations, ses droits pourront, un mois après mise en demeure restée infructueuse, être mis en vente publique..."*

²¹⁸ SAINT-ALARY, G: *"Répertoire DALLOZ"*: Droit des sociétés, cooperatives d'habitation, tomo II... *cit*, pág. 19.

²¹⁹ WALET, P: *"Répertoire DALLOZ"*: Droit des sociétés, cooperatives de construction, tomo II... *cit*, pág. 17.

de reparto de cargas comunes, pero los asociados están obligados a aportar las sumas necesarias para realizar el objeto social, proporcionalmente al valor de sus lotes, no pudiendo pretender la propiedad de éstos hasta que este pago no haya sido realizado. Las cantidades que deben pagarse no se especifican por la Ley, por lo que, según la doctrina²²¹, se incluirán todas las necesarias para la construcción del inmueble, servicios colectivos, elementos comunes, conservación y gestión o administración.

Es importante destacar que el sistema de impuestos francés²²² excluye del impuesto de sociedades a las sociedades cooperativas de construcción - atribución de inmuebles, al estimar que la sociedad no tiene personalidad jurídica distinta a la de sus miembros.

La propiedad de las viviendas puede adquirirse por parcelación parcial, con sustitución de la Cooperativa por el régimen de Propiedad Horizontal, o total, provocada por la disolución de la sociedad. Existe un período corto de atribución del disfrute antes de la adquisición de la propiedad, aunque éste no es sustancial excepto en los casos de financiación de HLM (Habitations a loyer modéré)²²³.

La renuncia o división parcial se produce cuando se constata el fin de la construcción, la conformidad de los inmuebles con las previsiones estatutarias y la elaboración de las

²²⁰ WALET, P : "Répertoire DALLLOZ" : Droit des sociétés, cooperatives de construction, tomo II... *cit*, pág. 17.

²²¹ SAINT-ALARY, G : "Répertoire DALLLOZ" : Droit des sociétés, cooperatives d'habitation, tomo II... *cit*, pág. 8.

²²² WALET, P : "Répertoire DALLLOZ" : Droit des sociétés, cooperatives de construction, tomo II... *cit*, pág. 19. La propiedad de la vivienda se transmite al socio, después de aportar las sumas necesarias para realizar el objeto social, de forma proporcional al valor del lote en relación al valor del conjunto, antes de lo cual éste no puede acceder a la propiedad. Sin embargo, si la Cooperativa adopta una forma societaria civil o mercantil, con personalidad jurídica, no creo que pueda afirmarse que por ser Cooperativa de construcción-atribución no tiene personalidad jurídica. Puede que la situación sea similar a la planteada por nuestro TS, sala contencioso-administrativa -en nota a pie 7-.

²²³ En este sentido, respecto al objeto social específico de las Cooperativas de construcción - atribución, algunos autores encuentran argumentos a favor de la opinión de que éste consiste únicamente en la obtención de la propiedad de la vivienda, y no en la atribución de su uso -incluso aunque se admitiese en los Estatutos de la cooperativa-, y ello aunque previamente a la atribución de la propiedad hay un período muy corto de atribución de disfrute del lote -período muy largo si se cuenta con una financiación de HLM-. WALET, P : "Répertoire DALLLOZ" : Droit des sociétés, cooperatives de construction, tomo II... *cit*, pág. 17.

cuentas definitivas²²⁴, según establece el art. L. 213-12. Este acto debe constar en documento auténtico firmado por el asociado y por el representante de la sociedad, puesto que implica la anulación de la parte o acción correspondiente a los locales atribuidos en propiedad y la reducción correlativa del capital social, y conlleva la sustitución de la regulación cooperativa por el régimen de propiedad horizontal sobre el inmueble²²⁵.

Aunque la regulación específica de las cooperativas de construcción - atribución no lo contemple, también puede producirse la división global provocada por la disolución de la persona moral -se atribuyen fracciones de inmuebles y reparto del pasivo por los liquidadores encargados de ello, en proporción a los derechos de los socios-, siendo preciso su establecimiento en los Estatutos, o que venga exigida unánimemente por los asociados cooperativos, o en defecto de lo anterior, su establecimiento por la Asamblea, que posteriormente la somete a la aprobación de la mayoría (art. L. 212-9 y L. 212-15 sobre disolución en las sociedades de atribución).

²²⁴ WALET, P: "Répertoire DALLOZ": Droit des sociétés, coopératives de construction, tomo II... *cit.*, pág. 23. Según este autor, las cuentas se entienden definitivas cuando la sociedad se encuentra sujeta al pago del empresario y puede aportar los gastos y sumas que se le reclaman.

Art. 213-12 Code de la construction: "*Dans le cas visé à l'article L. 213-10, tout associé peut se retirer de la société et obtenir l'attribution en propriété de son lot, lorsque l'assemblée générale ordinaire a constaté l'achèvement de l'opération de construction ainsi que la conformité du ou des immeubles aux prévisions statutaires et qu'elle a statué sur les comptes définitifs. A défaut, tout associé peut demander au tribunal de grande instance de constater cet achèvement et de statuer sur lesdits comptes.*"

²²⁵ También en Francia la comunidad (indivisión regulada en el art. 815 del Code) puede dividirse mediante la constitución de la Propiedad Horizontal sobre el edificio. En opinión de: TERRÉ, F y SIMLER, P: "Droit Civil", les biens, Dalloz, Paris 1992, pág. 347 y ss: La comunidad se formaría entre los socios (aunque en Francia se identifica a esta con la Cooperativa de atribución, sin personalidad jurídica), por la aportación en común y la adquisición de bienes en común, el edificio en construcción. La división de la misma responderá a un adjudicación de bienes concretos, las viviendas. La propiedad horizontal se produce por construcción destinada a ella, por división en lotes, por venta, por sobreelevación o por división. Por construcción, se aplica el régimen de PH desde que se atribuye o vende la primera de las viviendas, por división del inmueble en lotes, nunca desde el inicio de la construcción de las viviendas. Estos autores, en la pág. 395, se muestran favorables a la transmisión de la propiedad de los lotes en las Cooperativas de atribución cuando la Cooperativa se disuelva. También en CORNU, G: "Droit Civil", Domat, Paris 1997, pág. 406 y ss.

La sociedad cooperativa queda obligada a entregar los lotes conforme a lo establecido en los Estatutos y según la descripción de la división, no pudiendo modificarlos. En la construcción, gestión y financiación ajena pueden destacarse las siguientes circunstancias. La cooperativa, como propietaria del inmueble, puede exigir al promotor que cesen las perturbaciones del disfrute, pero no puede obtener indemnización por ellas. También podrá actuar, como dueña de la obra, hasta la atribución en propiedad de las viviendas²²⁶, contra los contratistas de obra, en base a la garantía de acabado, por los vicios aparentes y ocultos según la responsabilidad exigible a éstos.

Respecto a estas Cooperativas de atribución -que generalmente no construyen ellas-, se permite el recurso a fondos suplementarios hasta que el socio pague y obtenga la propiedad. Además, excepto en caso de gestión por sujetos de derecho público -mediante el contrato de prestación de servicios-, la gestión se realizará por el representante legal o un tercero, que asumen los riesgos de la operación de construcción, celebrando obligatoriamente un contrato de promoción inmobiliaria en caso de gestión por tercero, y aplicando las normas de la promoción en el supuesto de gestión por el representante legal de la Cooperativa, como así dispone el artículo 213-6²²⁷. En este caso no se produce el ahorro que justifica el sistema cooperativo, por supresión del intermediario. Se consigue que “los riesgos de la operación de construcción no sean soportados por la sociedad y sus asociados, sino por el promotor inmobiliario o por el

²²⁶ WALET, P : “*Répertoire DALLOZ*” : Droit des sociétés, cooperatives de construction, tomo II... *cit.*, pág. 22.

²²⁷ Art. 213-6: “*Si les droits privatifs des associés sont représentés par des parts ou actions donnant vocation à l’attribution d’un lot, la société est tenue: Soit de conclure un contrat de promotion immobilière: Soit de confier les opérations constitutives de la promotion immobilière à son représentant legal ou statutaire, à la condition que lesdites opérations aient été définies au préalable par un écrit portant les énonciations exigées par l’article L. 222-3. La responsabilité du représentant legal ou statutaires’apprécie alors, quant à ces opérations, conformément à l’article L 1831-1 du Code Civil.*”

representante legal o estatutario de la sociedad²²⁸. La promoción inmobiliaria, como unión entre mandato y contrato de obra pero con regulación propia, supera las deficiencias de ambos contratos clásicos, y se aplica de forma más clara si el tercero tuvo la iniciativa de constituir la sociedad. La promoción se produce, según la jurisprudencia francesa, ante “ toda persona que toma la iniciativa y el cuidado principal de una operación inmobiliaria”, de hecho o de derecho, directa o indirectamente, asumiendo la obra en general o como gestor -subcontratando todos los trabajos-. Su estudio se realizará más adelante, al tratar la relación entre la Cooperativa y la empresa gestora en el capítulo 5.

Respecto de la posibilidad de división en lotes planteada en las Cooperativas de construcción-atribución, algunas de sus notas pueden ser adaptadas a nuestro ordenamiento, por las similitudes que presentan con la hipótesis compleja desarrollada, *Cooperativa-comunidad*. Se observa que, en la actualidad, la normativa cooperativa francesa se encuentra más evolucionada que la nuestra, puesto que regula y distingue expresamente, en el Code de la construction, los sectores cooperativos y sus especialidades, como es el caso del sector de construcción de viviendas. La razón del mayor desarrollo se encuentra en la evolución del derecho de la construcción en este país. También es importante la distinción que el derecho francés realiza, entre normas formales –civiles o mercantiles-, sustanciales –cooperativas-, y específicas de cada sector.

En particular, respecto del objeto de la presente tesis, la evolución de las normas específicas sobre construcción en general y para uso de vivienda en particular en Francia ha contribuido a un mayor desarrollo normativo de la figura cooperativa, de los

²²⁸ SAINT-ALARY, G : “*Répertoire DALLOZ*” : Droit des sociétés, coopératives d’habitation, tomo II... *cit*, pág. 7.

diferentes supuestos, y de la función de los sujetos que intervienen en cada caso. Al margen de que la regulación sea excesivamente proteccionista del socio, es positiva la visión que demuestra tener de la práctica cooperativa. La regulación del Code de la construction contempla de forma más o menos realista la práctica cooperativa existente en Francia, distinguiendo en función de la actuación de los diferentes sujetos en las tareas de construcción y/o gestión, contemplando expresamente la promoción inmobiliaria y la responsabilidad de los sujetos que actúan como promotores. Las citadas normas se ocupan, especialmente, de regular los supuestos de construcción para uso de vivienda o mixto de vivienda y profesional, más protegidos en derecho francés.

Sin embargo, es preciso matizar algunas cuestiones que en nuestro país son diferentes y dificultan la adaptación de las normas galas:

En nuestro país la Cooperativa de viviendas tiene personalidad jurídica propia, frente a la Cooperativa de atribución que no la tiene –utiliza formalmente un tipo societario determinado-.

En el supuesto de Cooperativas de atribución, al margen de que administre un tercero o el representante legal de la Cooperativa, se acude al contrato de promoción inmobiliaria por razones teóricas y formales. Podría admitirse que el supuesto español es similar al francés, y aplicarse la teoría de la promoción inmobiliaria a la gestión por tercero ajeno a la Cooperativa, en aquellos aspectos que sea preciso, visión que no afectaría a la existencia de una comunidad sobre la masa, ni a la relación asociativa y representativa entre la Cooperativa y los socios, y tampoco a la posibilidad de que construya un tercero. La aplicación de la promoción inmobiliaria no implicaría la consideración como tal de la Cooperativa, sino de la empresa gestora que actúa con ella, con mayor o menor amplitud

según los casos. Así nuestro propio Tribunal Supremo²²⁹ ha rechazado la identificación de la Cooperativa, aunque esté formada por personas físicas autopromotores, con el promotor inmobiliario en sentido estricto. En este sentido, quizá tampoco la gestora se pueda identificar absolutamente con éste, salvo en los casos en que actúe como tal.

En nuestro ordenamiento jurídico la Cooperativa no tiene inicialmente la propiedad de las viviendas, que permanecen en comunidad entre los socios, ni tampoco existe un periodo de disfrute antes de la adquisición de la propiedad como ocurre en Francia. En Derecho francés, las Cooperativas de atribución son propietarias, y al asimilarse a una simple comunidad sin personalidad jurídica no es preciso distinguir la comunidad de la persona jurídica cooperativa. Es interesante tener en cuenta que, en Derecho francés, la Cooperativa de atribución es sustituida por la Propiedad Horizontal tras la división en

²²⁹ Son dos las sentencias que se refieren a este tema, y ambas son de la sala 3ª contencioso-administrativa. La primera de 15-1-1997 (Ar. 67), versa sobre la impugnación de una serie de artículos del RD 1932/1991 sobre medidas de financiación de actuaciones protegibles en materia de vivienda del Plan 1992-1995. Impugna la Asociación Nacional de promotores constructores de edificios, por vulneración de los artículos del RD del 14 y 38 de la Constitución Española. Según el Tribunal, en fundamentos de derecho segundo y tercero, dichos artículos del RD facilitan ayuda financiera a los promotores, considerándose como tales las personas físicas individualmente o agrupadas en Cooperativas para uso propio, distintos de los promotores empresariales, con actividad mercantil. El TS no considera vulnerados el principio de igualdad ni el de libertad de empresa, por tratarse de situaciones distintas, y dedicarse las Cooperativas a la obtención de viviendas para uso propio.

En similares términos se expresa la STS 24-3-1997 (Ar. 2449), de la misma sala 3ª, ante un recurso de la misma Asociación de promotores... que impugna el RD 726/1993 sobre financiación de actuaciones protegibles en materia de rehabilitación de inmuebles que modifica determinados artículos del Real Decreto 1932/1991. En este sentido se impugna la subsidiación de préstamos cualificados establecida durante el periodo de carencia para las Cooperativas, como promotores para uso propio, quedando excluidos los promotores empresariales. Se citan como vulnerados los art. 14, 53 y 38 de la Constitución, la Ley de defensa de la competencia y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. El Tribunal no lo acepta, y afirma en los fundamentos tercero a quinto: *"El sistema de ayudas... igualmente lógico es que se otorguen preferentemente a las personas físicas, individualmente consideradas o agrupadas en cooperativas o comunidades de propietarios, que se constituyan en promotores, con el fin de promover o rehabilitar las viviendas para uso propio. La menor capacidad económica, que presumiblemente hay que atribuir a estos propietarios frente a las empresas dedicadas al tráfico inmobiliario y el destino inmediato que a las viviendas se va a dar -uso propio frente a venta o arrendamiento a terceros-, hace que la desigualdad entre unos y otros promotores sea objetiva y razonable; por lo que, según constante jurisprudencia de esta Sala y sentencias del Tribunal Constitucional, la lesión al principio de igualdad no es posible, en estos casos, apreciarla como determinante de una nulidad de la disposición... las ayudas no falsean ni amenazan falsear la competencia, que es lo que prohíbe el indicado artículo, al no ser los promotores de construcción o rehabilitación de viviendas para uso propio operadores en el tráfico mercantil inmobiliario, que es donde va a producir sus efectos la incompatibilidad que se regula en dicho precepto comunitario. Esa especial circunstancia del uso propio, unida a la falta de ánimo de lucro, en tales promotores, frente a los promotores empresariales, impide hablar de lesión del artículo 38 de la Constitución... Lo propio cabe decir en relación con la supuesta vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia... los promotores*

lotes. Nos encontraríamos con un supuesto similar al que analizamos, de comunidad ordinaria dividida en Propiedad Horizontal, con la salvedad de que en nuestro ordenamiento, a diferencia del francés, la Cooperativa tiene personalidad jurídica, y es distinta de la comunidad. Quizá el caso francés no es tan diferente, y la Cooperativa de atribución realmente es el germen, la asociación, la comunidad sobre la masa de gestión económica que dará paso al régimen de PH, quedando la cooperativa, formalmente, como persona jurídica utilizada por aquélla.

En nuestra normativa no existe una regulación tan amplia como en el Derecho francés de algunas figuras como la promoción inmobiliaria, que en España ha sido contemplada únicamente por la jurisprudencia. El ordenamiento francés huye de la excesiva libertad en la gestión, fomenta el control de los órganos de administración cooperativa y regula las situaciones, reales en la práctica, en las que un tercero interviene como intermediario, admitiéndolo como posible y actuando en consecuencia; todo ello, teniendo en cuenta que la evolución del derecho cooperativo francés está inspirada y ligada fundamentalmente a la promoción inmobiliaria. Nuestras normas cooperativas apenas se refieren a la promoción y responsabilidad en su actuación, por lo que habrá que acudir a las normas de responsabilidad civil y penal. Desde aquí, solicitamos la necesaria regulación de la promoción inmobiliaria, matizando que una regulación prohibitiva y exhaustiva podría llevar a la paralización de la actividad, que tampoco es deseable - teniendo en cuenta que la gestora no quiere ser exactamente un promotor porque no asume riesgos y no cuenta con capital propio, ni contrata por sí misma excepto con el socio; además su ganancia es la mitad que la del promotor-.

para uso propio no van a enfrentarse en la venta de viviendas con los promotores empresariales... la situación de privilegio a favor de los promotores para uso propio únicamente perdura mientras cumplan dicho destino."

Como vemos, nuestras Cooperativas de viviendas son similares en algunos aspectos a las de construcción en Francia, y sus normas pueden ser útiles²³⁰ para modificar e interpretar, en lo posible, las nuestras. Aunque las Cooperativas de atribución podrían ser similares a las Cooperativas de cesión del uso de la vivienda, algún aspecto de ellas puede ser útil respecto de las de propiedad individual.

Sobre las viviendas en régimen de HLM, reguladas en el libro IV del Code de la construction, debe destacarse su paralelismo con nuestra normativa de VPO. Se concede la inserción en este régimen -préstamos y condiciones beneficiosas- al socio si reúne determinados requisitos. A diferencia de nuestra regulación de VPO, el legislador francés prevé, para la gestión, administración y construcción de las viviendas de HLM, en sustitución de la figura del promotor inmobiliario, la posible contratación, en régimen de prestación de servicios, de una Sociedad Anónima Cooperativa de producción de HLM. Esta función de prestación de servicios es la que corresponde esencialmente a este tipo de Cooperativa.

Muchas de las cuestiones citadas, reguladas en Derecho francés, podrían servir a nuestro legislador de referencia –aunque la LC actual siga la línea de la LGC anterior–, puesto que en nuestro ordenamiento la evolución de la práctica cooperativa ha sido similar en algunos aspectos a la de Francia o Italia, pese a que las normas no la recojan.

Analizados los aspectos representativos y la comunidad sobre la masa de gestión económica en las Cooperativas de viviendas, vamos a finalizar el estudio de la relación

²³⁰ Además de las interesantes cuestiones citadas, el Code de construction regula cuestiones importantes y aplicables a las Cooperativas de viviendas en nuestro país, como la responsabilidad de administradores y gerentes, las garantías de suscripción y financiación y las condiciones de admisión como socio, la dimisión y exclusión, el control cooperativo ejercido por la Asamblea de la redacción de documentos sobre la construcción, la diversidad de pagos según los distintos “programas”, el momento de adquisición de la propiedad, así como disolución de la Cooperativa una vez lograda la construcción y entrega de las viviendas, dejando paso a una nueva organización de las mismas, la Propiedad Horizontal.

entre la Cooperativa y el socio con el examen de la organización de la comunidad y las distintas fases por las que atraviesan la Cooperativa en función de aquélla, y los socios, individual o conjuntamente. Las cuestiones asociativas, estructurales o de organización han sido planteadas al hilo del estudio de cada aspecto concreto, por lo cual no nos hemos dedicado específicamente a ellas.

Completa esta hipótesis un estudio especial de la relación con el tercero encargado de la gestión de la Cooperativa y de su objeto, la empresa gestora, que será objeto de otro capítulo específico, así como la mención a otros terceros con los que la Cooperativa contrata.

II. FASES DE LA VIDA COOPERATIVA: aspirante, socio, individualización, adjudicación y adquisición de la propiedad de la vivienda. Referencia al derecho italiano, y posibilidad de distinguirlas en nuestro Derecho. Relación del socio con la Cooperativa en cada una de ellas, derechos y obligaciones de ambos.

I. INTRODUCCIÓN. SUJETOS AFECTADOS.

Hasta el momento hemos analizado la diversidad de relaciones existentes entre la Cooperativa y el socio, asociativa y representativa y de administración de los intereses de aquellos, admitiendo que a lo largo de dichas relaciones, e influyendo especialmente sobre las viviendas, los socios atraviesan por diversos estadios sucesivos, inicialmente como individuos independientes, posteriormente como integrantes de la comunidad sobre la "masa de gestión económica", y por último como sujetos individuales; todo ello

resultado de la dualidad de figuras, cooperativa y comunidad, durante el desarrollo del objeto cooperativo. Estas situaciones nos sitúan ante una necesaria organización de la condición de los socios en diferentes fases o períodos respecto de la Cooperativa, fases que afectan a la "masa de gestión económica común" de forma esencial. En algún caso se trata de fases que afectan exclusivamente a la relación asociativa cooperativa, y en otros se derivan de ésta y se refieren a la situación del socio respecto de la "masa de gestión económica", en comunidad o individual. Dichas fases se ven influidas también por los diferentes períodos que atraviesa la eficacia de la representación del socio por la Cooperativa. La Cooperativa, mediante sus órganos, suele ocuparse de la organización de estas fases, independientemente de que contrate algunas cuestiones de la administración y gestión con una empresa gestora -en algún caso es la gestora quien realmente se dedica a ello-. En la práctica, algunas de las fases son difíciles de identificar, y ello porque suelen producirse varias en un mismo momento formalmente, quedando en suspenso la eficacia de alguna de ellas, o simultáneamente.

En consecuencia puede afirmarse que la relación entre la Cooperativa y el socio no es idéntica, ni sus efectos son iguales en todo momento. Las fases son similares a las reguladas en Italia para las Cooperativas de construcción, ordenamiento que las desarrolla expresamente y que tendremos en cuenta como fuente de inspiración. En nuestro país el legislador no ha tenido en cuenta estas fases, ni las ha regulado, pero en la práctica se producen, y por ello deben diferenciarse²³¹, ya que ello contribuirá a un mejor entendimiento de la figura cooperativa. De tal forma, desde una visión apriorística, deben analizarse las más importantes e indiscutibles desde el punto de vista asociativo, aspirante

²³¹ Aunque sin desarrollar estas fases, y sólo respecto de las VPO, se refiere a ellas, basándose en la legislación italiana (distingue aspirante, prenotatario y beneficiario): GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A: "*Sistema jurídico de las Viviendas de Protección Oficial*". Vol. 2. Universidad de Navarra, 1970, pág. 211 y ss.

y socio inscrito, aunque también debe estudiarse, por su relación y efectos sobre la adquisición de la propiedad de las viviendas, la distinción entre la reserva y la adjudicación de la vivienda y la adquisición de la propiedad de la misma. En nuestro Derecho pueden admitirse las siguientes fases generales en la vida cooperativa, dejando al margen otras posibles que pueda imponer la reglamentación administrativa de viviendas protegidas para estos casos:

1. Aspirante.
2. Socio.
3. Reserva, individualización de la vivienda. (Se plantea como fase, aunque realmente forma parte de la adjudicación)
4. Adjudicatario.
5. Propietario. (La diferenciamos para determinar cuando tiene lugar, aunque realmente no es una fase, sino una consecuencia de la adjudicación)

La LC, al igual que la LGC, sólo se refiere a la situación de aspirante a socio en las Cooperativas de viviendas –art. 92.1²³²-, y al socio²³³ –art. 12 y 89.1-, manteniendo el sentido amplio de la adjudicación de la vivienda. Así, pueden admitirse y distinguirse las situaciones de aspirante, socio, adjudicatario –previa reserva²³⁴- y propietario, y todas las

²³² La situación del aspirante es la misma que la de la LGC, y no es objeto de enmiendas. Se acude a él como beneficiario del derecho de tanteo y retracto de la Cooperativa respecto de la vivienda adquirida por el socio y transmitida en un plazo inferior a cinco años u otro fijado por los Estatutos.

²³³ El socio usuario sufre alguna variación respecto de la LGC. Por una parte, el art. 12 incluye la referencia a personas físicas y jurídicas, y también a las comunidades de bienes, y que elimina la prohibición de ingresar en una Cooperativa como empresario u otra forma análoga. El art. 89.1. contempla a personas físicas, entes públicos y entidades sin ánimo de lucro, eliminando la cita expresa a las Cooperativas, y también la necesidad de que el lucro sea mercantil en las entidades sin ánimo de lucro.

²³⁴ La ausencia de información o la información errónea al socio acerca de la concreción de la vivienda, que entendíamos debía estudiarse desde el punto de vista del derecho de consumo considerando al socio como consumidor, ha sido incorporada a la LC que, en la disposición adicional quinta, apartado séptimo, acude a la

consecuencias y efectos de éstas, afectadas por la dualidad compleja Cooperativa-comunidad y por la representación del socio por la Cooperativa.

Antes de resumir los caracteres de estas fases, y como condición preliminar a su estudio exhaustivo, debemos centrar quienes son los principales sujetos afectados, los socios. Dentro de las Cooperativas de viviendas pueden distinguirse varios sujetos²³⁵: los socios²³⁶, los aspirantes o socios expectantes²³⁷, los terceros no socios²³⁸, y los terceros con los que la Cooperativa opera respecto de los locales e instalaciones complementarias a las viviendas²³⁹. En las Cooperativas de viviendas tienen cabida los aspirantes, los socios y los terceros por su actividad instrumental y complementaria a la cooperativa,

regulación de consumo -referencia ausente en la LGC-. El texto de aquélla, ya citado, no ha sufrido ninguna modificación en la tramitación parlamentaria.

²³⁵ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÀ, F: "*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*": Tomo XX, vol. 1º... cit, pág. 110.

²³⁶ Los socios de la Cooperativa desde su inscripción adquieren tal condición y los correspondientes derechos y deberes, cobrando especial importancia los relativos a la vivienda.

²³⁷ Los aspirantes a socios, citados en el art. 92.1 de la LC, no son terceros, y se equiparan a los socios aunque todavía no lo son. Por ello no ostentan los derechos de los socios como el de voto, expresamente citado por CHULIÀ, ni tampoco otros derechos y deberes derivados de la condición de socio: PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÀ, F: "*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*": Tomo XX, vol. 2º... cit, pág. 440. Sin embargo, según el mismo autor, el socio expectante de las Cooperativas de viviendas puede ostentar derechos, si el Estatuto los concede: PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÀ, F: "*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*": Tomo XX, vol. 2º... cit, pág. 596. "*El Estatuto puede configurar esta posición societaria atribuyéndole, por ejemplo, el derecho de asistir y votar en las Juntas preparatorias (al amparo de los artículos 2 y 35.1 h), cuando la Cooperativa funcione por el sistema de fases o promociones (art. 130); en tal caso, parece claro que ha de reconocérsele legitimación para impugnar los acuerdos de la ulterior Asamblea de delegados*". En defecto de esta previsión estatutaria, la regla general es que "*no tiene más que un derecho a ser socio en su día y, por tanto, carece de legitimación en la acción de lesividad*". Cita, en su análisis respecto del actual artículo 132 LGC, los art. 106.1 y 70.6 del Reglamento de 1978 como regulación del socio expectante más completa que la actual: D 2710/1978 de 16-11 Reglamento de Cooperativas: El art. 70.6 se refiere indirectamente a ello, al regular los libros de socios y asociados y a la inclusión de la documentación sobre altas y bajas de éstos. El art. 106.1 hace referencia a los socios expectantes como sujetos a los que la Cooperativa ofrece la vivienda que un socio pretende transmitir antes de adquirirla, indicando el Consejo Rector "*cual de entre sus socios inscritos como expectantes, por riguroso orden de antigüedad, se subroga en los derechos y obligaciones del primero*". Además, añade que "*la lista de socios expectantes deberá figurar en el tablón de anuncios de la Cooperativa y además en el correspondiente libro especial que deberá llevar la Cooperativa*."

²³⁸ En las Cooperativas de viviendas no cabe incluir a otros terceros no socios respecto de la relación principal cuyo objeto son las viviendas, es decir terceros en sentido estricto, por el art. 89 y 92 de la LGC, salvo que se acuda a la vía prevista en el art. 4 de la misma -circunstancias excepcionales no imputables que afecten a la viabilidad económica de la Cooperativa, solicitándose la autorización para ampliar sus servicios a terceros-.

²³⁹ Según CHULIÀ, no deben considerarse terceros los que ejercitan y contratan con la Cooperativa actividades instrumentales o accesorias al objeto social, actividades que no pueden ser contratadas con los socios. De tal forma, las empresas constructoras y gestoras, arquitectos, entidades financieras, vendedores del solar... que

pero no los terceros que adquieren viviendas sin ser socios, excepto por circunstancias excepcionales que lo permitan.

En otros países como Italia también se plantea la importancia esencial de la actividad con los socios. Con relación a las Cooperativas de edificación es necesario que prevalezca la actividad con los socios frente a la actividad con terceros, lo que es posible que no ocurra por la indefinición “a priori” de la calidad de los destinatarios de las prestaciones sociales, como sucede en las Cooperativas de edificación promotoras²⁴⁰. Según la doctrina, si prevalece la actividad con terceros se podría pensar que se trata de un supuesto de especulación²⁴¹, aunque éste se produzca en la venta posterior de los socios

realizan actividades accesorias del objeto, no serían terceros en el sentido referido respecto de los socios y de la actividad cooperativa a la que éstos tienen derecho.

²⁴⁰ BASSI, A.: “*Commentario al Codice Civile*” ... cit, pág. 47-48: “Esto sucede - se piensa sobre todo en el sector de las Cooperativas de edificación “promotoras” - cuando de la desproporción entre el volumen de bienes producidos por la sociedad y el número de necesidades previstas de los socios, no de otros factores, sea deducible una implícita voluntad de la sociedad de destinar la propia actividad sobre todo a los terceros; cuando es decir, la empresa asume estructuras y dimensiones que claramente exceden de los intereses de los socios, obviamente en sentido mutualístico y no lucrativo, y cuando la misma atribución de la cualidad de socio suceda cuando el programa de empresa haya sido ya concebido y realizado (se piensa en campañas para socios que vienen programadas en el sector de edificación cuando la construcción de viviendas esté ya en marcha o hasta ultimada.)”

²⁴¹ SIMONETTO, E.: “*La Cooperativa*”, Padova, CEDAM 1986, Pág. 163 y ss. Se ocupa de hipótesis (como el caso de Cortina d'Ampezzo que cita expresamente) en las que se produce una vuelta a los fines de la especulación privada y de apropiación ilícita... especialmente en casos de destinatario colectivo y no individual de las atribuciones de vivienda... produciéndose un enriquecimiento de los beneficios previstos en las leyes (constitución de la Cooperativa, actos de ésta, adquisición, créditos...) que son tales que se puede considerar la operación como semigratuita y de absoluto privilegio pagada por la colectividad nacional... casi gratuidad plena... y las cooperativas que pueden disfrutar de tales beneficios no son un número ilimitado... además de esta asignación benéfica y gratuita, es asignación de una vivienda que vale mucho más de lo pagado, y de lo que se pagaría si no existieran beneficios...

Las Cooperativas como formas asociativas que derivan de la Constitución son “sin especulación privada”... y los lucros ilícitos y anormales son apropiaciones de la colectividad que se ve privada de cosas para dárselas a los más necesitados. La adquisición de vivienda por quien no lo necesita, para venderla a un tercero es una apropiación por enriquecimiento y una fraudulenta desviación de la causa social impuesta por la Ley, con empobrecimiento de la colectividad. Es una sustracción doble: de las ayudas y del producto de esas ayudas, la casa para los necesitados... En las Cooperativas, en sentido subjetivo, el elemento “*intuitus personae*” excluye la participación de especuladores de edificación... Son dos casos de especulación: **especulador aislado entra como socio, y especuladores que crean una Cooperativa para obtener beneficios...** En ambos casos la sola participación en la Cooperativa sería nula... aunque los magistrados sorprendentemente han considerado irrelevante la participación de los especuladores en la Cooperativa de edificación beneficiada que venden a precio de mercado la vivienda obtenida indebidamente con ventajas mutualísticas... la consecuencia de la decisión del juez debe tenerse en cuenta, porque podría producir una avalancha de constituciones de Cooperativas de edificación falsas, ilícitas para el sistema jurídico, desde al constitución a la apropiación penalmente ilícita... La valoración de los hechos se complica por la ahora no bien acertada naturaleza jurídica de la Cooperativa... los juristas que parecen generosos y liberales creyendo beneficiar a los asignatarios consintiendo

a terceros. También el legislador, en la última reforma de la Ley “Basevi” de 1947, contempla la prohibición legal -art. 4 de la Ley de 1992- de evitar la existencia de socios no usuarios en las Cooperativas de viviendas -también el legislador italiano pretende instaurar una verdadera Cooperativa de viviendas, formada por socios usuarios, sin existir un interés legítimo del tercero al ingreso en la sociedad²⁴²-

Nuestro ordenamiento admite que pueden ser socios las personas físicas o jurídicas cualesquiera, que reúnan los requisitos para ello. En materia específica de viviendas se permite que el socio sea persona física o jurídica: entes públicos y Entidades sin ánimo de lucro, según dispone el art. 89 LC –similar al 129.1º de la LGC –. Dentro de la condición de socio, deben distinguirse los socios usuarios²⁴³, adquirentes de vivienda, de los socios de trabajo²⁴⁴. A nosotros nos interesan los usuarios, que adquieren la vivienda como

al fin la venta de la casa, hacen un pésimo servicio a la Constitución, a la Cooperativa de edificación popular para necesitados, por permitir un híbrido apropiativo y favoreciendo la especulación... y deberían tener más sensibilidad por la criminalidad económica... Parece que la base es considerar “res nullius” y libremente apropiable las cosas de todos.”

²⁴² BASSI, A: “*Commentario al Codice Civile*”... cit, pág. 589-0. Según este autor, en relación a la existencia o no de un interés legítimo del tercero al ingreso en sociedad, parece demostrada la ausencia de un derecho a la tutela coactiva de dicho interés al ingreso, por lo que falta dicho interés legítimo. Sólo se admite este interés en algunos casos excepcionales, pero no puede admitirse en general. Es el caso de las Cooperativas de construcción subvencionadas, en las que el tercero podría pretender su admisión en la Cooperativa mediante un juicio previo ante órganos de la administración. FERRI, G: *Trattato diritto civile italiano*. Vol. 10, tomo III: “*Le società*”. UTET. Torino 1971. Pág. 727: opina que, en las Cooperativas de construcción, “la organización colectiva recoge un número fijo y predeterminado de socios; otras veces, y este es el fenómeno más usual, el contrato es abierto y consiente la adhesión de nuevos socios.”

²⁴³ Deben reunir capacidad para contratar, así como los requisitos objetivos que se exijan según la Cooperativa (actividad, profesión u otros no discriminatorios, pudiendo no existir ningún requisito añadido).

²⁴⁴ Dejamos de lado los socios de trabajo, figura prevista en el art. 13.4 LC -30 LGC-, que aportan su trabajo como actividad cooperativa. Tampoco distinguimos otros tipos de socios contemplados en las Leyes de cooperativas de las CCAA, como los inactivos que dejan de realizar la actividad cooperativa o los colaboradores que participan en actividades accesorias (art. 33 y 34 Ley 2/1999 de 31-3 de sociedades cooperativas andaluzas) a los que se permite dejar de realizar la actividad cooperativa, los socios excedentes (art. 24 Decreto 1/1992 de 10-2 que aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Cataluña) que dejan de realizar la actividad cooperativa pero permanecen en ésta por su antigüedad, así denominados en el art. 23 del Texto refundido, D 1/98 de 23-6-1998 de Cooperativas de la Comunidad Valenciana. Llamados inactivos en la Ley del País Vasco (Ley 4/1993 de 24-6), art. 30, que también prevé, en el art. 19, la existencia de socios colaboradores. En Navarra, art. 30 Ley 12/1996 de 2-7, los socios colaboradores sólo pueden ser cooperativas respecto de Cooperativas de segundo grado. También la Ley de Cooperativas de Aragón 2/98 de 22-12-1998 prevé, en el artículo 18, la figura de socios excedentes en la actividad cooperativa y socios colaboradores. La Ley 2/98 de 26-3-1998 de Sociedades Cooperativas de Extremadura no se refiere a ninguno de éstos. La Ley 5/98 de 18-12-1998 de Cooperativas de Galicia, prevé en sus artículos 27 a 29, la posibilidad de que existan socios a prueba, y socios excedentes –estos últimos no en viviendas–, además de socios colaboradores, que no participan en la actividad cooperativa. La Ley

actividad cooperativa, reúnen los requisitos para ser admitidos por el Consejo y se comprometen a suscribir la aportación obligatoria, desembolsando el mínimo exigido, y a contribuir a la actividad cooperativa. También difieren de los socios usuarios los socios colaboradores, miembros de la Cooperativa que participan económicamente en ella pero no desarrollan actividades cooperativizadas. El socio usuario es a la vez copromotor y copropietario, adjudicatario y adquirente de los bienes.

Para adquirir la condición de socio usuario de Cooperativa de viviendas es preciso cumplir los requisitos del art. 89 de la LC, específico de viviendas, y del 12, así como los requisitos no discriminatorios que puedan venir impuestos por cada Cooperativa en concreto. Los socios que se encuentren en esta situación deben ser admitidos y realizar la aportación económica que les corresponda –en las Cooperativas de viviendas sólo podrán serlo si existen vacantes-. Además, como prohibición o limitación, aplicable en general a los socios de cooperativas, la LGC había previsto expresamente, en el art. 29.2, que no pueden ser socios aquellos que puedan ostentar posiciones de dominio o control en la Cooperativa por la actividad a la que se dedican como *“empresario, contratista, capitalista u otros análogos”* ²⁴⁵ –dicho límite no se incluye con relación a la condición de socio en la LC actual, por lo que su exigibilidad sólo puede basarse en el art. 15.2.f, relativo a los deberes de los socios-. Además, surge la duda de cual es la condición del socio persona jurídica que adquiere las viviendas para que las utilicen sus empleados, que por razón del cargo precisen residir en determinado lugar, así prevista en el art. 89.1 LC.

4/1999 de 30-3 de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, en los artículos 28 y ss, prevé la existencia de socios usuarios, colaboradores, socios inactivos que dejen de ser usuarios y asociados.

La LC actual distingue los socios (usuarios), art. 12, de los socios de trabajo (aportan el trabajo como actividad cooperativa), art. 13, y de los socios colaboradores (aportan capital), art. 14.

²⁴⁵ La única solución que la Ley prevé, ante los socios que se encuentren en dicha situación, es la expulsión, disolución o descalificación de la Cooperativa aunque, según PAZ CANALEJO, la finalidad perseguida por la

El socio usuario puede ingresar en la Cooperativa por dos vías²⁴⁶; en primer lugar, la participación en la constitución de la Cooperativa como socio fundador; y en segundo, la solicitud aceptada en una Cooperativa ya constituida como nuevo socio. También puede producirse el ingreso en una Cooperativa ya constituida y en funcionamiento en sustitución de otro socio por baja voluntaria u obligatoria, expulsión, transmisión inter vivos o mortis causa y fusión de Cooperativas. En la práctica la gran mayoría de socios usuarios de una Cooperativa ingresan en ella durante su constitución, o posteriormente a ésta; y los otros casos de ingreso sustituyendo a un socio son residuales, o al menos deberían serlo.

Una vez expuestos los caracteres y singularidades del socio usuario cooperativo, vamos a resumir, brevemente, el esquema de las distintas fases cooperativas que éste atraviesa, dentro del supuesto específico que estamos analizando. La fase de aspirante a socio es la única que hace referencia exclusiva a la Cooperativa, no afectando a la "masa de gestión económica", puesto que el aspirante tiene una expectativa, no un derecho, ni como socio al no serlo, ni mucho menos como comunero, e incluso en algún caso puede ostentar simplemente una esperanza. El resto de fases influyen sobre la Cooperativa y también sobre la comunidad. El socio inscrito ingresa en la Cooperativa, adquiere la condición de socio y se convierte en copropietario y titular de un derecho subjetivo a que le sea proporcionada una vivienda, en general, sin concretar. El derecho a la vivienda, genérico, es exigible a la Cooperativa, que por el compromiso asumido tiene el deber recíproco de

Ley con esta afirmación, es prohibir y evitar que surjan dichas situaciones. PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: *"Comentarios a la Ley General de Cooperativas"*: Tomo XX, vol. 2º... cit, pág. 19.

²⁴⁶ PAZ CANALEJO en PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: *"Comentarios a la Ley General de Cooperativas"*: Tomo XX, vol. 2º... cit, pag. 47. Los socios usuarios se incorporan en base a una relación similar a un contrato de adhesión. opinión recogida a lo largo de la tesis (Gómez Aparicio, Fernández García-Lorenzana), también mantenida por DE SALAS MURILLO, S: *"Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho Español"*. Centro de Estudios Registrales, Madrid 1999, pág. 471.

facilitársela, en cumplimiento de su objeto y de la actividad cooperativizada, y como representante; además, también como copropietario y copartícipe sobre la "masa de gestión económica" tiene derecho a una cuota en la comunidad, no a una vivienda concreta con un valor determinado que todavía no existe como tal ni ha sido individualizada respecto de él²⁴⁷.

La reserva puede formalmente coincidir o no en el tiempo con la inscripción como socio, aunque ello no afecta a la distinción entre ambas. La reserva es la concreción o individualización del derecho del socio sobre una vivienda concreta, fruto de su condición de socio y de copropietario que consiente la división de la comunidad desde su inscripción en la Cooperativa, también explicable desde el punto de vista de la representación indirecta. La reserva queda sujeta a la condición de existencia del edificio. La existencia del edificio y entrega de la obra, unida a la reserva o concreción de las viviendas, provocan el nacimiento efectivo de la Propiedad Horizontal, y dan lugar a la adjudicación, fruto de la división de la comunidad cuya eficacia real se producirá desde que al menos uno de los socios adquiera la propiedad efectiva de su vivienda.

La adquisición de la propiedad de las viviendas por cada uno de los socios precisa la individualización, adjudicación o reconocimiento de la Cooperativa y su entrega. La adjudicación y entrega funciona como modo o traditio respecto de la propiedad de la vivienda; adjudicación –acto debido o negocio jurídico independiente– que puede

²⁴⁷ La baja del socio, entendida como renuncia al derecho de éste, puede realizarse respecto de derechos presentes y de los futuros eventuales de los que conste de forma segura que se quería renunciar a ellos, salvo que sean irrenunciables, como puede deducirse de la opinión de ALBALADEJO, M: "Derecho Civil", tomo I, vol.2º... *cit*, pág. 30. Por ello, la baja del socio, al margen del momento en que se produzca, implica la renuncia a su situación en ese momento, y a la eventual futura por la propia dicción de la L.C., que establece la obligatoriedad de la sustitución por otra persona en la situación jurídica del que causa baja. Si la baja se produce cuando sólo conste su inscripción, afecta no sólo a ésta, sino también al resto de fases futuras, y derechos eventuales pendientes (reserva de vivienda, adjudicación) por la propia filosofía de la Ley, al margen del momento en que cesen los efectos económicos. La situación es idéntica al margen del momento en que tenga lugar la baja. Ocurre lo mismo respecto de la expulsión.

entenderse que resume el fundamento jurídico complejo de la adquisición de la propiedad de la vivienda: copropietario, división de la copropiedad, individualización y adjudicación de la cuota. La escritura de adjudicación se inscribe posteriormente en el Registro de la propiedad con efectos erga omnes. En algún caso, por motivos de publicidad, la Cooperativa reúne en el mismo momento y documento la inscripción, la reserva, y la adjudicación o reconocimiento privado, lo que no evita que la reserva, la adjudicación y sus efectos se encuentren diferidos en el tiempo hasta que la obra y las viviendas existan y se entreguen. Estas serían las hipotéticas fases del supuesto cooperativo que se analiza: aspirante, socio, adjudicatario —reserva- y propietario.

En general, respecto de las fases en el procedimiento cooperativo, tal y como se plantean en Italia —ordenamiento jurídico que nos sirve de modelo para desarrollar las fases cooperativas en el nuestro— debemos precisar varias cosas. Coinciden claramente las situaciones de aspirante y socio inscrito, y difieren el resto. La adjudicación en Italia se divide en dos fases, la reserva del socio y la asignación de la Cooperativa, por la manifestación de voluntad de uno y otra en cada una de ellas, aunque allí no podemos olvidar que la propietaria de las viviendas es la cooperativa que las transmite al socio, en los casos de propiedad individual. La adquisición de la propiedad depende de la asignación y, en el caso de las Cooperativas subvencionadas, ésta va necesariamente unida a la individualización del contrato de préstamo a la construcción²⁴⁸. Además, en las subvencionadas se somete la adquisición de la propiedad a la ocupación dentro de un plazo. En Italia, las fases articulan el contrato de cambio entre la Cooperativa y el socio,

²⁴⁸ El título I del TU de 1938 regula los “Préstamos para la construcción o adquisición de casas populares o económicas”, concretando los entes prestamistas y las entidades prestatarias, entre las cuales cita, en el art. 16.7) a “la sociedad cooperativa para la construcción o adquisición de casas populares y económicas a favor de los socios”. La especial importancia del préstamo se observa en la regulación de éste a lo largo del TU, entendiéndose su individualización como el último elemento para la adquisición de la propiedad de la vivienda por el socio.

puesto que ésta es la propietaria de las viviendas que transmite, y no se refieren a la división²⁴⁹, división que según la doctrina logra el mismo resultado obtenido con la sucesión de fases en la transmisión onerosa de la vivienda. Sin embargo, puede entenderse que, admitida la existencia de la comunidad y su división como sustrato real del supuesto cooperativo, la relación interna entre la Cooperativa y el socio con objeto de adquirir la vivienda atraviesa igualmente por distintos momentos o fases sucesivas – cuyos efectos van en paralelo a la eficacia de la representación y a la comunidad–.

Nos vamos a referir a las fases existentes en nuestro ordenamiento jurídico, pero previamente plantearemos algunas cuestiones que el ordenamiento jurídico italiano tiene en cuenta, puesto que él nos inspira en esta visión de los distintos períodos. Centrando un poco más la regulación italiana, dentro de las Cooperativas de construcción de viviendas y al margen de la clasificación en función de que la propiedad se adjudique individualmente a los socios o permanezca indivisa, se distinguen las Cooperativas en subvencionadas o libres²⁵⁰, distinción que tiene, entre otros, algunos efectos respecto de

²⁴⁹ Ver nota a pie 186.

²⁵⁰ Dentro del estudio que realizó BASSI en 1976 sobre cooperación y mutualidad, además de la distinción ya citada de las cooperativas de producción, trabajo y consumo, incluyendo las de construcción de viviendas dentro de estas últimas, se ocupa el autor de analizar, en términos generales, las diferencias entre las Cooperativas llamadas **sociológicas**, a las que pertenecerían las subvencionadas, y las **neutras** o libres. La distinción citada responde a la evolución histórica de la cooperación en Italia, y a la realidad práctica existente en este país. Las Cooperativas de base sociológica contemplan sectores económicos delimitados, con relación a categorías de ciudadanos concretas que se consideran merecedores de los incentivos e intervención del Estado, quedando sujetas a las normas especiales que regulan cada tipo de Cooperativa (como el TU de 1938, sucesivamente modificado, en el caso de las Cooperativas de construcción sujetas a contribución estatal) y a las normas fundamentales del Codice Civile y el RD de 1947. Frente a éstas, han ido surgiendo las cooperativas neutras, sujetas exclusivamente al Codice Civile, que no prevé ninguna limitación respecto a los sujetos o al objeto de dichas Cooperativas, utilizándose la Cooperativa como estructura que permite desarrollar la actividad de empresa de los socios con supresión del intermediario, y al margen de la naturaleza de los bienes o servicios que se produzcan. Los artículos del Codice civile que regulan la materia son los del capítulo I del título VI, libro V “del lavoro”: 2511 a 2545. Los aspectos regulados por el CC son generales, define la sociedad, distingue la responsabilidad limitada o ilimitada, establece las normas aplicables. También se ocupa de la constitución, de las cuotas, de la baja, expulsión y muerte del socio, los órganos sociales, las modificaciones del acto de constitución, la disolución y el control administrativo sobre ellas.

BASSI, A : “*Cooperazione e Mutualità*”. Cedam, Milano 1976, pag. 27 a 31. En relación a las Cooperativas de construcción libres, se hace referencia a la opinión de los tribunales, en algún caso, favorable a considerar aplicables a ellas el carácter de : ausencia de requisitos respecto de los sujetos o el objeto, y ello pese a que la doctrina (Verrucoli) no esté de acuerdo. Apunta el autor, en contra de quienes no admiten lo anterior, que se trata

los requisitos de los socios y las fases del proceso de adquisición de la vivienda. El legislador italiano, de forma positiva a mi entender, desarrolla y regula el procedimiento de adquisición de la vivienda y sus distintas fases, respecto de las cooperativas subvencionadas, aunque esta regulación se aplica también en muchos casos de cooperativas neutras o libres. Las fases que se suceden en la adquisición de la propiedad individual por el socio son las que a nosotros nos interesan en orden al objeto de la presente tesis. Sobre la condición de socio y sus requisitos, también en Italia se prevén algunos en la regulación de Cooperativas subvencionadas, tanto para ser socio, como para tener derecho a reserva o a ser asignatario²⁵¹.

Inicialmente vamos a presentar una visión general del esquema de fases regulado, según la visión doctrinal y normativa italiana, referido a las Cooperativas subvencionadas, especialmente en los casos de propiedad individual -aunque también puede ilustrar

de una Cooperativa libre, no sujeta a contribución estatal. En este sentido son interesantes las afirmaciones que vierte el autor, en la pág. 30, respecto a las Cooperativas neutras : “en la codificación de 1942 se ha reconocido otro y más moderno filón de la cooperación, que definiremos **neutro**, en el sentido de que su utilización y destino no están predeterminados en la Ley. La Cooperativa neutra es la reconocida en el CC, aquella en la que la mutualidad viene utilizada por un grupo que en base al principio de autonomía privada, determina la propia consistencia, prescindiendo de la relevancia sociológica homogénea y típica de la unión en el contrato de sociedad, para evitar el pago de la intermediación en la consecución de bienes o servicios genéricamente conseguidos por iniciativa económica privada, a través del único esquema asociativo que consiente este resultado económico, es decir a través de la mutualidad, entendida como gestión de servicio.”

²⁵¹ En las Cooperativas de construcción de viviendas populares y económicas, reguladas por el TU de 1938 y sus modificaciones posteriores, pueden distinguirse los requisitos para el ingreso como socio en las Cooperativas populares y económicas (art. 91 TU), de los requisitos para la asignación de una vivienda popular y económica (art. 30 y 31 para casas populares y económicas, y también el 91), que varían en algunos supuestos que el TU añade, en base al carácter de los socios en cada caso: periodistas (art. 171 y ss), inválidos de guerra (art. 173 y ss).

PERINI, por su parte, distingue y clasifica, en la construcción subvencionada, los presupuestos o requisitos según los diferentes momentos del iter cooperativo: los de uso, los presupuestos de asignación, y los criterios de preferencia en la asignación. Los presupuestos de uso, establecidos en el artículo 91 TU (pertenencia a determinadas categorías sociales), deben cumplirse desde el momento de la reserva, y en el de asignación, y conllevan la posibilidad del sujeto de participar en la prestación administrativa o servicio como socio. Los presupuestos de asignación del artículo 31 TU (no propietario de otra vivienda, no asignatario de otra vivienda en supuesto similar...) se exigen en la fase de asignación, y son requisitos que la Ley establece para poder ser asignatario de viviendas económicas y populares construidas con contribución estatal. Los criterios de preferencia en la asignación, regulados en el artículo 30 TU (necesidad de la vivienda y situación familiar) se utilizan en los supuestos de igualdad en el orden de inscripción. Respecto a la situación de los socios en relación a los gastos debidos no hay igualdad, puesto que dependerá del distinto valor y grado de utilidad del apartamento singular. PERINI, M.: “*Editizia economica e popolare*”. Novissimo Digesto italiano, vol. VI. UTET 1968. Pág. 393 y ss. 397 y ss.

alguna referencia de los de propiedad indivisa-; y posteriormente, en el estudio de cada una de las fases que deben admitirse en nuestro ordenamiento jurídico, iremos ofreciendo conjuntamente con éste, el análisis concreto, legislativo y doctrinal italiano -el procedimiento de adquisición de la propiedad de la vivienda cooperativa individual, aunque escuetamente regulado en el TU de 1938, ha sido analizado a fondo por algunos autores²⁵²-. Las fases de las Cooperativas subvencionadas de propiedad individual en las que parece coincidir la doctrina italiana, son las siguientes: aspirante, socio inscrito, reserva, asignación, individualización del contrato de préstamo y rescate.

En algunos aspectos de las Cooperativas de construcción libres se aplican las normas de las subvencionadas, aunque no de forma genérica, como veremos; así, en los casos de

²⁵² En 1965, ROEHRSEN se ocupa de estudiar las fases del procedimiento de asignación de las viviendas, en los casos de sujetos de derecho privado como las Cooperativas. En las Cooperativas de construcción subvencionadas de propiedad individual la Ley prevé un procedimiento complejo y controvertido, en los art. 89 y ss del TU, con algunos estadios obligatorios y otros eventuales, a través de los cuales se consolida la posición de los singulares aspirantes hacia la definitiva adquisición de la propiedad. Los actos que componen la serie procedimental en cuestión pueden ser, en síntesis: aspirante, socio, reserva, asignación, estipulación del contrato de préstamo de construcción individual y rescate. Todas estas fases están sujetas a un control particularmente intenso. En algunos casos, como el de Cooperativas de construcción que construyen en el sentido de la Ley 10-8-1950, n. 715, la Ley no fija ningún procedimiento particular y la autoridad administrativa se limita a controlar el comportamiento de la Cooperativa en vía represiva, por lo que se refiere al momento de la asignación: ROEHRSEN, G: "*Edilizia popolare de economica*"... cit, pág. 345.

En 1968, PERINI también estudia las diversas fases y la repercusión de cada una de ellas respecto de los sujetos: PERINI, M: "*Edilizia economica e popolare*". Novissimo Digesto italiano, vol. VI, UTET 1968, Pág. 392-393, 397 a 400. En el mismo año VERCILLONE afirma que, una vez superadas las fases de inscripción, reserva respecto de una vivienda determinada y asignación o entrega de la vivienda reservada, la propiedad de la vivienda se adquiere con la estipulación del préstamo individual, pero sólo con el pago total de precio se obtiene la libre disposición de la vivienda: VERCILLONE, P: "*Cooperazione e imprese cooperative*". Novissimo Digesto italiano, vol. IV, UTET 1968, pág. 840-1.

Ya en 1976, BASSI analiza y distingue las fases de: reserva, asignación y estipulación del préstamo individual o atribución de propiedad, aplicables, tanto a las Cooperativas subvencionadas por afirmaciones del TU 1938, como a las libres, que se remiten a esta norma (actualmente no aplicables a estas últimas, como veremos más adelante): BASSI, A: "*Cooperazione e Mutualità*"... cit. También desarrolladas en obras posteriores: BASSI, A: "*Commentario al Codice Civile*"... cit.

Las fases citadas, al venir determinadas por la Ley (TU de 1938), son admitidas y repetidas por la mayoría de los autores. Así también RINAUDO se refiere a aspirante, inscripción, reserva y asignación: RINAUDO, A: "*Le società cooperative*", AG, Giuffrè editore, Milano 1982, Pág. 863 y ss. Este autor se ocupa de aportar, entre otros muchos temas, supuestos prácticos resueltos por los Tribunales respecto a dichas fases.

En relación al procedimiento de adquisición de la vivienda en las Cooperativas de construcción subvencionadas, estudios más actuales como el de la obra dirigida por MERZ en 1995, analiza, como principales, las siguientes fases: aspirante, socio, reserva, asignatario: MERZ, S; BUSON, MT; CESCONE, R; LUCCHESI, MT; MADONNA, R; SCOCCA, V; SGUOTTI, P: "*Manuale pratico delle società cooperative*", CEDAM Padova 1995, pág. 264 y ss.

transmisión de la propiedad individual de las viviendas, el momento de adquisición de propiedad es el de asignación de la vivienda y no el del contrato individual de préstamo; y hasta la asignación de la vivienda, ésta es inalienable e indisponible y se encuentra integrada en el patrimonio cooperativo -la doctrina no analiza las fases de las Cooperativas libres de forma específica, a excepción de algunos autores de cuyas afirmaciones puede destacarse lo siguiente²⁵³-. Para la adquisición del suelo el socio transfiere a la sociedad el dinero necesario, mediante un préstamo, o mutuo²⁵⁴. Desde la reserva, el socio asume la deuda de la sociedad con un tercero, por la cual va pagando una renta hasta la transmisión de la propiedad, y la sociedad asume una obligación de hacer que podrá ejecutarse a su costa si no construye, o pretende cobrar un precio

²⁵³ En las Cooperativas libres, BASSI se refiere a, en este caso, las relaciones contractuales de las distintas fases, principalmente reserva y asignación. Distingue varios momentos : adquisición del suelo en que el socio transfiere dinero a la sociedad, reserva y asignación, aunque no pueden extrapolarse a todos los supuestos de Cooperativas libres, si no a casos concretos. BASSI, A : "*Commentario al Codice Civile*" ... cit, pág. 93 y ss. "a) Por lo que se refiere a la adquisición del suelo se ha decidido que el contrato con el que el socio transfiere a la sociedad el dinero necesario para la adquisición del suelo sería un contrato "parasocial" de mutuo (con la consecuencia de que en caso de cese de la relación, el socio tiene derecho a la suma otorgada)... b) Nuestra jurisprudencia reciente parece orientada a reconocer al socio reservista la tutela de la ejecución específica de la obligación sancionada en el art. 2932 Codice Civile (ejecución forzosa de las obligaciones de hacer : se ejecuta a cargo del obligado), en las hipótesis (citadas en el texto principal)... En las cooperativas de construcción, normalmente la transferencia de la propiedad de las viviendas coincide con la consecución definitiva del objeto social... y el precio final de los bienes es determinado sin tener en cuenta las exigencias de una mínima autofinanciación de la sociedad, como sucede en otros tipos de Cooperativas. C) El pago de la renta anual de préstamo por el socio constituye una forma anticipada de pago del precio y no una deuda de otorgamiento. Consiguientemente en caso de exclusión del socio, la obligación cesa automáticamente por transferirse desde el principio a eventuales nuevos asignatarios, y no permanece con el socio por el bienio previsto en el art. 2530 CC. D) La cláusula estatutaria que impone al socio asumir la cuota de amortización del contrato de préstamo de la sociedad sería un negocio preliminar de acollo (asunción de deuda) cuya inobservancia puede ser invocada por la sociedad y no por el tercero mutuuario. E) Al socio asignatario le puede ser reconocida la tutela posesoria. F) el efecto traslativo de la propiedad, según la jurisprudencia reciente, se verifica - a diferencia de la de construcción subvencionada... - como consecuencia del acto de asignación y no en el momento de la asunción del préstamo por los socios asignatarios. G) El acto de asignación será consecuentemente una venta de cosa futura. El precio fijado en este caso no podrá ser sucesivamente aumentado. II) A falta de disciplina legal, el socio que haya adquirido la propiedad de la vivienda no puede disponer libremente a menos que el acto constitutivo no prohíba (dentro de los límites consentidos por el Código) toda facultad de disposición, lo que reclama la disciplina del TU de la construcción popular y económica, lo cual como es sabido, en el cuadro de la citada finalidad pública, impone a los socios el goce personal de los inmuebles. Esto vale por lo que concierne a los actos de disposición que transfieren la propiedad de la vivienda, y para aquellos que transfieren sólo un derecho de goce como el arrendamiento."

²⁵⁴ Como circunstancias previas que se plantean en la jurisprudencia italiana, y son analizadas por RINAUDO. Se entiende que el dinero que el socio (sólo desde su inscripción como tal) transfirió a la Cooperativa para la adquisición del suelo (en un plazo o en varios sucesivos) es un préstamo ("mutuo") con este objeto, cuyo fin debe ser controlado: RINAUDO, A : "*Le società cooperative*", AG, Giuffrè editore, Milano 1982. Pág. 1027 y ss.

superior al costo, o si no reparte equitativamente entre los socios el precio. El préstamo que asume el socio es un negocio preliminar de “acollo”, una asunción de deuda -el socio asume la deuda de la sociedad frente a un tercero que prestó el dinero para la construcción-. La traslación de la propiedad²⁵⁵ se produce en el acto de asignación, no en el de asunción del préstamo, siendo la asignación una venta de cosa futura, por lo que el precio no puede aumentar. La adquisición de la propiedad suele verse afectada por la indisponibilidad de la vivienda en un plazo, excepto que los Estatutos lo permitan .

En las Cooperativas subvencionadas de propiedad indivisa las fases en el procedimiento de atribución de la vivienda son: aspirante, inscripción, reserva y atribución. Estas fases no han sido analizadas, ya que el supuesto objeto de estudio en nuestra tesis se refiere a la adquisición por el cooperativista de la propiedad individual del inmueble, no a los supuestos de atribución del uso de éste.

También se ocupa el legislador italiano de regular algunas cuestiones de las cooperativas subvencionadas, como la posibilidad de transmisión de la vivienda, o de los derechos sobre ésta. Dicha transmisión se regula teniendo en cuentas las diversas fases del procedimiento de adquisición de la propiedad de la vivienda. Se distinguen expresamente los supuestos mortis causa de los inter vivos, y también los casos de propiedad individual

²⁵⁵ MERZ, S ; BUSON, MT ; CESCO, R ; LUCCHESI, MT ; MADONNA, R ; SCOCCA, V ; SGUOTTI, P : *“Manuale pratico delle società cooperative”* ... cit, pág. 275 y ss, 284 y ss. Estos autores también hacen referencia a este supuesto, y ponen de manifiesto las diferencias existentes respecto de la asignación y contrato de préstamo individual en las Cooperativas subvencionadas y las libres. Así afirman que, en las Cooperativas libres, el acto de asignación del inmueble transfiere la propiedad de éste de la sociedad al socio, como acto a título oneroso. El asignatario tiene un derecho subjetivo a la asignación y a la propiedad misma si la Cooperativa no cumple. En las Cooperativas libres, es eventual que se difería el efecto traslativo de la propiedad hasta la estipulación del contrato de préstamo individual. Generalmente el efecto traslativo se produce en el momento de asignación del inmueble, salvo que exista una remisión a las normas del TU relativo a las Cooperativas subvencionadas. Si la Cooperativa no cumple la prestación respecto del socio asignatario, éste tiene un derecho subjetivo a la asignación.

de los de propiedad indivisa²⁵⁶. Actualmente, en las Cooperativas de propiedad individual²⁵⁷, y en relación con el aspecto de la sucesión del socio, hay que distinguir según los momentos o fases en que se produce la sucesión, cuyas consecuencias son distintas: aspirantes, inscritos, con reserva de vivienda y con asignación o entrega de ésta, que se refieren a la sucesión en la posición contractual mutualística adquirida por el socio difunto -no en caso de aspirante, y si en el de reserva, asignación o atribución de la vivienda-, no siendo posiciones societarias en sentido estricto sino contractuales²⁵⁸.

²⁵⁶ En las Cooperativas de propiedad indivisa, regulada la sucesión mortis causa en el artículo 114 del TU, sólo hay derecho de sustitución por el cónyuge no separado o los hijos menores hasta que alcancen la mayor edad, en la situación de socio para el que ha sido atribuida la vivienda (no hay asignación). No lo hay en los casos de aspirante, inscrito o con reserva; en estos dos últimos sólo puede obtener derecho al reembolso de la acción o cuota social.

BASSI, A: "*Commentario al Codice Civile*" ... cit, pág. 657.

Art. 114: "En las Cooperativas para la construcción de casas populares y económicas de **propiedad indivisa e inalienable** incluso que no disfruten de contribución estatal, el socio que muera, después de la atribución de la vivienda se sustituye, por el cónyuge superstite contra el que no exista sentencia de separación personal por su culpa. Igual derecho se reserva a los hijos menores del socio difunto hasta que sean mayores de edad."

²⁵⁷ Las reglas particulares sobre la sucesión del socio mortis causa, en los casos de propiedad individual o indivisa sobre la vivienda, se encuentran en el TU de 1938 (art. 114 a 117), modificado parcialmente por Ley de 1-3-1952, y en el artículo 2528 del CC. Este último se entiende prácticamente inaplicable, puesto que el TU como Ley especial, se impone. La aplicación del TU se produce no sólo en los casos de viviendas populares y económicas, sino también en las viviendas libres, si el acto constitutivo se remite a aquel.

"En caso de muerte del socio, salvo que el acto constitutivo disponga la continuación de la sociedad con los herederos, estos tienen derecho a la liquidación de la cuota o al reembolso de las acciones, según las disposiciones del artículo siguiente." BASSI, A: "*Commentario al Codice Civile*" ... cit, pág. 645.

También se recogen los supuestos que van a analizarse en: MERZ, S; BUSON, MT; CESCO, R; LUCCHESI, MT; MADONNA, R; SCOCCA, V; SGUOTTI, P: "*Manuale pratico delle società cooperative*" ... cit, pág. 298 y ss.

²⁵⁸ BASSI, A: "*Commentario al Codice Civile*" diretto da Piero Schlesinger. Arts. 2511 a 2548: Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici. Giuffrè editore, Milano 1988. Pág. 658: "El TU 1938 se ocupa por tanto de los efectos de la muerte del socio sobre la relación contractual en curso. Esto deroga el art. 2528 del Codice Civile porque establece la prosecución de la relación social (la disciplina prevista es válida también cuando no haya una previsión expresa en el Estatuto de las Cooperativas); pero la prosecución de la relación societaria es instrumental a la finalidad preeminentemente perseguida por el legislador, aquella de hacer conseguir al vivienda, en caso de desaparición del socio, a la familia de éste. La finalidad de política social perseguida a través de la construcción popular y económica justifica la derogación contenida en el TU 1938 respecto al art. 2528... inspirado a la prosecución de la relación con los familiares del difunto sea oportuno en todos casos de Cooperativas de construcción, con tal que en el momento de la muerte el socio haya adquirido una posición contractual por efecto de las prestaciones ya efectuadas (reserva, asignación...) Parece que, en general, si las relaciones contractuales se encuentran en curso de ejecución (inscripción) y hay conflicto entre los herederos del socio y los socios restantes, se da preferencia a los herederos del socio, siempre que el difunto hubiese puesto en marcha ya la relación contractual para obtener la vivienda, efectuando las prestaciones correspondientes.

A diferencia de los supuestos de transmisión mortis causa, que se regulan en función de su ser inevitable y necesario, la transmisión inter vivos²⁵⁹, voluntaria, se admite en supuestos escasos: se permite dicha transmisión para las viviendas populares y económicas en casos graves o de fuerza mayor determinados - artículos 111 y ss del TU, supuestos de cambio de residencia, o de estado familiar, o por otros motivos graves...- No hay normas que limiten la transmisión de las Cooperativas libres, excepto si sus Estatutos se remiten a la regla del TU, ya vista. Las circunstancias de la transmisión en las Cooperativas de propiedad individual se tratarán de forma separada según las fases, analizando los efectos en cada una de ellas.

Hasta aquí las notas más destacadas del esquema italiano, a partir del cual desarrollamos la sucesión de fases que se producen en nuestro ordenamiento jurídico –pese a que ni las normas vigentes, común y autonómicas se refieran a ellas-, aunque sin extrapolarlo absolutamente en los aspectos en que las diferencias son insalvables.

2. FASE PREVIA. ASPIRANTE A SOCIO O SOCIO EXPECTANTE.

La situación de aspirante es previa a la inscripción como socio de la Cooperativa y aunque no es, en absoluto, tan completa como la inscripción, supone una relación entre aquél y ésta. Puesto que es una situación posible en la práctica, debe analizarse, especialmente por la necesidad de concretar sus efectos jurídicos. Aunque en otros países predomina la denominación de aspirante a socio, en nuestro ordenamiento sólo consta

²⁵⁹ La doctrina, en concreto PERINI, tiende a considerar que, en general, es indisponible o intransmisible inter vivos el derecho del asignatario. Añade, dentro de su visión esencialmente pública de las Cooperativas de construcción de viviendas económicas y populares, que los supuestos del art. 111 son actos administrativos complejos, puesto que la cesión o subarriendo se subordinan al control del Estado, cuya actuación es constitutiva en este caso. PERINI, M.: *“Edilizia economica e popolare”* ... cit, pág. 395 y ss.

una referencia al socio expectante en el artículo 92 LGC²⁶⁰ -art. 132 LGC-, relativo a las Cooperativas de viviendas. Esta figura no ha sido estudiada en exceso por la doctrina²⁶¹. Debe aclararse su denominación como aspirante o socio expectante –la primera es preferible porque no es socio, y la segunda porque en muchos casos es titular de una expectativa de derecho a serlo-²⁶².

²⁶⁰ Las CCAA hacen referencia a los socios expectantes, así denominados en algún caso, no en todos, y con diferentes efectos: idénticos a la LC y LGC, distinguiendo según las cooperativas sean subvencionadas o no, e incluso llegando a diferenciar la transmisión de la vivienda de la transmisión del derecho a la adjudicación. La Ley del País Vasco (Ley 4/1993 de 24-6), en el art. 118, se refiere a los socios expectantes, cuyos derechos respecto a la transmisión inter vivos de las viviendas y locales, vendrán determinados en los Estatutos en las Cooperativas no subvencionadas, quedando sujetos en el caso de subvencionadas a la legislación correspondiente a éstas. De igual forma regula la cuestión la Ley 2/1998 de 26-3- de Cooperativas de Extremadura en su artículo 138.

En Cataluña, Decreto 1/1992 de 10-2 que aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas, el art. 96 se refiere a los socios expectantes en iguales términos a los de la LC y LGC, como posibles beneficiarios del derecho de tanteo y retracto sobre la vivienda transmitida inter vivos. Idéntica situación es la del art. 84.6 de la Ley 9/1998 de 22-12 de Cooperativas de Aragón. La Ley 5/1998 de 18-12-1998 de Cooperativas de Galicia va más allá, y además de prever el tanteo y retracto a favor de los expectantes, mantiene que no serán aplicables las limitaciones a la transmisión de la vivienda, cuando ésta se haga a las personas que convivan con el socio. También la Ley 4/1999 de 30-3 de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, en el artículo 118, se refiere a los expectantes como beneficiarios del derecho de tanteo y retracto de la Cooperativa, con la limitación de ascendientes, descendientes o cónyuges judicialmente separados o divorciados.

El Decreto 1/1998 de 23-6-1998 de Cooperativas de la Comunidad Valenciana hace referencia a los socios expectantes en dos ocasiones, en su art. 81.3 y 4. Se prevé, en el 81.3, que la transmisión del derecho a la adjudicación sólo podrá hacerse a favor de éstos según el orden de antigüedad que tengan. En el caso de transmisión inter vivos de las viviendas adjudicadas y durante un plazo de 5 años, y ejercitado el tanteo o retracto por la Cooperativa, ésta adjudicará la vivienda a los expectantes respetando su orden de ingreso. Se exceptúan del derecho de la Cooperativa los casos en que el adquirente sea ascendiente, descendiente o cónyuge.

La Ley Navarra 12/1996 de 2-7 no hace ninguna referencia al tema.

²⁶¹ GÓMEZ, APARICIO A.P: "Análisis de los aspectos financieros de la Sociedad Cooperativa de viviendas en España" ... cit, pág. 43: "Por lo que se refiere a la versión de entrada, el principio no es incompatible con una necesaria selección de los socios por razón de su contribución al proceso productivo, imprescindible en ocasiones para la viabilidad del proyecto. En el caso de Cooperativas de viviendas, ha de hacerse según la capacidad de ahorro, y también otros requisitos que son consecuencia de los tipos de vivienda y ayudas estatales a las que se piensa acceder. En otro orden de cosas, hay una limitación del número máximo de miembros, que se adecuará a las viviendas disponibles según el proyecto de obra establecido. En este sentido es conveniente establecer una lista de espera de socios, que podrán tener tal condición, para cubrir las bajas que se produzcan entre los adjudicatarios por riguroso orden de inscripción. Aparece así la figura del socio "expectante" o "aspirante" a socio, tan característica de las cooperativas de viviendas. Con todo, en este tipo de cooperativas que ocupa el presente trabajo, la libre adhesión y la baja voluntaria pueden estar condicionadas a particularidades muy especiales o condicionantes que limitan los eventuales perjuicios para los intereses generales de la colectividad." (el subrayado es mío).

Destina algunos apartados a esta figura, y hace continuas remisiones a la misma: SERRANO Y SOLDEVILLA, AD: "La Cooperativa como sociedad abierta". Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Sevilla 1982.

²⁶² Debe entenderse como aspirante, salvo que se entienda que se trata de un sujeto en el sentido que lo regula la Ley 2/1999 de 31-3 de Sociedades Cooperativas andaluzas, en el art. 139, norma que dedica algunas reflexiones y previsiones a dicha figura. Se regula el derecho de tanteo y retracto de la Cooperativa, que redunda en los socios expectantes y, además el párrafo quinto se refiere a lo que entiende por tal condición de socio expectante, como el que queda en espera de ser socio: "A efectos de lo dispuesto en los apartados 1 y 2 de este artículo

La figura del aspirante puede existir o no, es una posibilidad facultativa y no obligatoria para el socio, puesto que no es necesario que previamente a la admisión como tal atravesase por dicha situación, pudiendo ser inscrito como socio en el mismo momento que lo solicita. Tampoco debe darse necesariamente en todas las Cooperativas, y ello porque desde el inicio el número de socios puede ser idéntico al número de viviendas construidas, lo que no impide su existencia si el sujeto que desee ingresar como socio en una determinada cooperativa solicita el ingreso y no hay plazas suficientes, convirtiéndose en aspirante si la Cooperativa admite esta figura -no tiene más remedio que convertirse en aspirante, aunque puede que no le interese adoptar esta situación y no asuma ninguna relación con la Cooperativa-. La Ley no parece imponer a las Cooperativas de viviendas la existencia de aspirantes. Estas circunstancias, posible y facultativa, diferencian a ésta del resto de fases cooperativas, que *necesariamente* se producirán en la relación entre el socio y la Cooperativa de viviendas en el supuesto estudiado, y también en otros.

Los sujetos entre los cuales se concreta esta relación previa, cuando existe, son: el particular que desea ser inscrito como socio y la Cooperativa. En los casos en los que el particular solicita la reserva de plaza ante una gestora profesional encargada de la promoción y constitución de Cooperativas, deberíamos plantearnos si se trata de un aspirante o sólo de una simple reserva de plaza para el ingreso como socio en futuras

(tanteo y retracto), tendrá la condición de socio expectante aquel que, habiendo efectuado la suscripción de su aportación obligatoria al capital social de la cooperativa de viviendas, no se le ha adjudicado una vivienda, local o edificación o instalación complementaria alguna, quedando en espera de que eventualmente tal circunstancia se produzca. Estos socios figuran inscritos, con tal carácter, en el libro registro de socios, determinando los estatutos sociales sus derechos y obligaciones, sin que en ningún caso se les pueda exigir la entrega de cantidades para financiar el pago de las viviendas, locales, instalaciones o edificaciones complementarias, ni se les reconozca el derecho de voto en las Asambleas Generales."

En tal sentido el socio expectante gozaría de una expectativa de derecho a ser socio y no de un derecho subjetivo a ello (derecho subjetivo que mantiene SERRANO Y SOLDEVILLA, ver notas a pie 270 y 271).

Cooperativas. Podemos decir que éste es un caso de “reserva de plaza”²⁶³, limitando la fase de aspirante a la relación inicial entre la Cooperativa ya constituida y el sujeto que desea ingresar en ella -no puede hacerlo por no existir viviendas suficientes y queda pendiente de posibles vacantes, bajas o expulsiones en la Cooperativa, o incluso de otras fases futuras-. Distinguimos ambos supuestos porque sus efectos jurídicos son diferentes. La reserva de plaza, realizada generalmente por una gestora respecto de futuras promociones, se limita a la obligación de desembolso de una pequeña cantidad por el sujeto que pretende ser socio -desembolso que puede no existir- y la obligación de la gestora de mantener el número de orden que le corresponda, así como de facilitarle información acerca de las promociones que sucesivamente se ofrezcan. En el momento en que el socio cause baja, se le devuelve la cantidad que ha pagado, cesando para la gestora la obligación de mantenerle en el número de orden previsto, y de informarle. No en todos los casos existe un desembolso del socio, y por ello surge la duda de sí, en caso de que exista, la gestora puede quedarse con el dinero como remuneración por su trabajo, al margen de que éste llegue a buen fin respecto del socio; y también de si el socio, en caso de que la gestora pretenda poner fin a su relación, tiene derecho a una cierta indemnización en función de la esperanza que tenía respecto de su vivienda futura. Esta es una expectativa de hecho respecto de la cual la práctica demuestra que a ninguna de las dos partes interesa que el vínculo sea mayor y de lugar a ninguna indemnización -

²⁶³ Como la práctica demuestra (información de TAU gestora), en esta relación entre las gestoras profesionales y el particular, éste se obliga a entregar una cantidad, simbólica y no excesiva, como reserva o muestra de su interés en las Cooperativas futuras. La gestora se obliga a mantener el número de orden de cada sujeto y a poner en su conocimiento la constitución de promociones o Cooperativas.

Si la relación continúa y llega a buen fin, el particular ingresará como socio de la Cooperativa que le interese (puede aceptar la promoción que más le interese, sin estar obligado por la primera que le comuniquen), pudiendo asignarse la cantidad entregada a la gestora al concepto de cuota de ingreso o aportación obligatoria para ser socio.

Si el socio desiste o renuncia, causando baja en la lista de espera, se procede a devolver lo pagado por éste, que será excluido de la lista, perdiendo el orden de antigüedad. Aquí puede plantearse si la gestora puede exigir la deducción de parte de esa cantidad por sus servicios como indemnización.

hablamos de expectativa en sentido vulgar, no como expectativa de derecho, sino como mera esperanza-; de esta forma, el sujeto tiene libertad absoluta, sin coste alguno o con un coste mínimo, para reservar plaza en las gestoras que desee, y la gestora no adquiere ninguna obligación con él, o simplemente la de informarle²⁶⁴.

Resueltas las cuestiones relativas a la “reserva de plaza”, el aspirante a socio espera a que quede una vacante y se respete su número de orden en la lista de aspirantes, por lo cual podría verse obligado a aportar una cantidad que garantice su interés en esta posición, como la cuota de ingreso (según la Ley andaluza la aportación obligatoria). Podría pensarse que goza de una expectativa de derecho respecto de la condición de socio, sujeta o condicionada a que exista vacante y a que cumpla los requisitos para ser admitido como socio, si existe alguno. La Cooperativa por su parte debe mantener la lista de aspirantes, conservando la antigüedad de cada uno y ciñéndose a ésta en caso de vacantes.

Centrándonos en la escasa remisión de la LC a esta figura y las posibles situaciones en que podría referirse a ellos; según esta norma, en caso de transmisión de la vivienda antes de cinco años desde la habitabilidad de la misma –desde la licencia de primera ocupación o la entrega de su posesión según el art. 92²⁶⁵ de la LC actual-, los socios expectantes

²⁶⁴ Sin embargo, debemos dejar constancia que el trabajo de la gestora no es gratuito, aunque lo parezca, y se cobrará éste en la remuneración que obtiene en cada promoción cooperativa que gestione, y ello aunque no se contemple explícitamente.

²⁶⁵ “Artículo 92. Transmisión de derechos. 1. En las Cooperativas de viviendas, el socio que pretendiera transmitir inter vivos sus derechos sobre la vivienda o local, antes de haber transcurrido cinco años u otro plazo superior fijado por los Estatutos, que no podrá ser superior a diez desde la fecha de concesión de la licencia de primera ocupación de la vivienda o local, o del documento que legalmente le sustituya, y de no existir, desde la entrega de la posesión de la vivienda o local, deberá ponerlos a disposición de la Cooperativa, la cual los ofrecerá a los socios expectantes por orden de antigüedad.

El precio de tanteo será igual a la cantidad desembolsada por el socio que transmite sus derechos sobre la vivienda o local, incrementada con la revalorización que haya experimentado, conforme al Índice de Precios al Consumo, durante el periodo comprendido entre las fechas de los distintos desembolsos parciales y la fecha de la transmisión de los derechos sobre la vivienda o local.

tienen derecho a que les sea ofrecida por medio del derecho de tanteo o preferencia de la Cooperativa, según el orden de antigüedad de éstos. El derecho de preferencia del aspirante o expectante puede utilizarse durante un plazo de tres meses, pasado el cual decae el tanteo a favor de la Cooperativa. También se prevé el derecho de retracto de la Cooperativa si el socio transmite a terceros sin notificarlo a la Cooperativa y quisiera adquirirlos algún socio expectante²⁶⁶, o solicitante de admisión como socio –la LC actual aporta ambas denominaciones, lo cual es criticable puesto que puede provocar confusión-. No se ven afectados por esta prioridad los ascendientes o descendientes del socio²⁶⁷, ni el cónyuge del socio separado o no legalmente –tampoco debería verse afectado el cónyuge en ningún caso-. Los derechos de tanteo y retracto citados, aunque pertenecen a la Cooperativa, sólo pueden ejercitarse por los socios expectantes, y no por los socios usuarios de otras viviendas -viviendas que se encuentran ya en régimen de Propiedad Horizontal, que excluye el retracto de comuneros-, o por socios de trabajo o colaboradores. Estos derechos de tanteo y retracto se admiten en los casos de transmisión inter vivos de la vivienda, después de su entrega. Los supuestos de transmisión por muerte se rigen por las normas civiles de la sucesión.

Transcurridos tres meses desde que el socio puso en conocimiento del Consejo Rector el propósito de transmitir sus derechos sobre la vivienda o local, sin que ningún solicitante de admisión como socio por orden de antigüedad haga uso del derecho de preferencia para la adquisición de los mismos, el socio queda autorizado para transmitirlos, inter vivos, a terceros no socios”.

²⁶⁶ “Art. 92.2. Si, en el supuesto a que se refiere el número anterior de ese artículo, el socio, sin cumplimentar lo que en el mismo se establece, transmitiera a terceros sus derechos sobre la vivienda o local, la Cooperativa, si quisiera adquirirlos algún solicitante de admisión como socio, ejercerá el derecho de retracto, debiendo reembolsar al comprador el precio que señala el número anterior de este artículo, incrementado con los gastos a que se refiere el número 2º del artículo 1518 del Código Civil. Los gastos contemplados por el número 1º del referido artículo del Código Civil serán a cargo del socio que incumplió lo establecido en el número anterior del presente artículo. El derecho de retracto podrá ejercitarse, durante un año, desde la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad, o, en su defecto, durante tres meses, desde que el retrayente tuviese conocimiento de dicha transmisión.”

²⁶⁷ “Art. 92.3. Las limitaciones establecidas en los números anteriores de este artículo no serán de aplicación cuando el socio transmita sus derechos sobre la vivienda o local a sus ascendientes o descendientes, así como en las transmisiones entre cónyuges decretadas o aprobadas judicialmente en los casos de separación o divorcio.”

En los casos de cese de la relación social durante el período de construcción de las viviendas, que todavía no han sido adquiridas por cada socio, no se alude a los aspirantes a socio como preferentes en el artículo 50 LC -78 LGC-. En los supuestos de transmisión ínter vivos –por baja o expulsión- la regla que observaba la LGC de 1987 era el ofrecimiento a otros socios o bien, si la baja es justificada, a los ascendientes, descendientes y cónyuge del que abandona la cooperativa, teniendo un plazo de 3 meses para decidir si se convierten en socios o no; mientras que la LC actual elimina, injustificadamente, el ofrecimiento a los parientes. En este caso el legislador no tiene en cuenta a los aspirantes, que parece podrían ser llamados, ni tampoco a los parientes, si los socios renuncian a la posibilidad de adquirir la vivienda y la condición de socio. En caso de cese por fallecimiento del socio en este período se establece la preferencia respecto de sus derechohabientes, si adquieren la condición de socio en el plazo de 6 meses. La Ley no se ocupa de la situación que se producirá si los herederos no desean continuar como socios, en cuyo caso debería poder ofrecerse la posibilidad a los aspirantes, así como a los socios que pudieran necesitar una segunda vivienda -casos de familias numerosas- o sus familiares.

Determinada la situación teórica y práctica de los aspirantes en nuestra norma cooperativa común –que es similar en las normas autonómicas-, debemos analizar, desde el punto de vista del derecho privado, si esta situación responde a alguna de las estudiadas por la doctrina civilista, lo que puede contribuir a concretar sus efectos.

En la relación entre la Cooperativa y el aspirante parece que puede admitirse, como expresión del principio general de “puerta abierta”, que el socio y la propia Cooperativa puedan poner fin a esta relación cuando deseen, aunque se plantea la duda de si el que pretende la extinción de la relación queda obligado a algo respecto de la otra parte. El

socio expectante debería poder recuperar la cantidad depositada en la Cooperativa, y la Cooperativa podría modificar libremente el orden de antigüedad de la lista de aspirantes, aunque podría exigirse una indemnización por daños y perjuicios si se han producido éstos.

Desde el punto de vista de la denominación, aspirante o expectante, podría pensarse que se trata de una situación jurídica interina o de pendencia²⁶⁸, una expectativa de derecho²⁶⁹ o una mera esperanza de hecho. Hay que destacar que no existe un derecho cuyo ejercicio se somete a término, ni un derecho aún no nacido por falta de requisitos, ni tampoco falta el titular del derecho; los derechos propios de la condición de socio existen y se ejercitan respecto de un sujeto real, el socio, que ya ha sido determinado; por ello, como mucho puede admitirse que se trata de un derecho condicionado. En este orden de cosas se expresa SERRANO Y SOLDEVILLA, al manifestar que en general, en las Cooperativas, los aspirantes no tienen un derecho subjetivo, ni expectativa de derecho ni tampoco un interés legítimo²⁷⁰. No obstante, califica²⁷¹ su situación, en las Cooperativas

²⁶⁸ DE CASTRO, F: "Derecho Civil de España" ... *cit.*, pág. 581. En la pág. 606 y ss desarrolla las situaciones jurídicas interinas. Se toma como base la doctrina alemana, que se refiere a los casos de adquisición de derechos mediante hechos de forma sucesiva. Así, se estudian casos de expectativas que realmente no presentan ningún vínculo jurídico, siendo simples esperanzas o situaciones de hecho, y casos de verdaderos derechos subjetivos con sujeto indeterminado. Según él, el término expectativa es poco afortunado y antiguamente se identificaba con las meras esperanzas contrapuestas a los derechos condicionales o eventuales, prefiriendo el de situaciones jurídicas interinas. Dentro de estas situaciones interinas distingue tres tipos: titularidades temporalmente limitadas o derechos subjetivos aplazados, situaciones jurídicas de pendencia y situaciones jurídicas carentes de firmeza. Los derechos subjetivos aplazados son firmes, pero su titularidad se somete a un plazo, no a una condición, para que sean titulares uno u otro. Las situaciones jurídicas de pendencia son situaciones de protección jurídica interina a favor del sujeto transitoriamente indeterminado. Son distintas de las titularidades provisionales que corresponden a los sujetos definitivos –titularidad preventiva – y a los titulares interinos –titularidad interina – para defender la situación de pendencia. El objeto de la titularidad preventiva lo forma el derecho condicionado o eventual. Las situaciones jurídicas carentes de firmeza, sólo se admiten como interinas, porque jurídicamente no ofrecen seguridad, siendo débiles, viciadas o en litigio.

²⁶⁹ ALBALADEJO, M: "Derecho Civil I". Vol. 2º... *cit.*, pág. 42 y 43.

²⁷⁰ SERRANO Y SOLDEVILLA, AD: "*La Cooperativa como sociedad abierta*"... *cit.*, pág. 254 y ss. En pág. 163 y ss se refiere a ellos como socios expectantes, en previsión de bajas, sujetos a un contrato de adhesión bajo condición suspensiva de que se produzcan las vacantes, cuya situación debe respetarse por la Cooperativa por aplicación del principio de puerta abierta y de seguridad jurídica.

²⁷¹ SERRANO Y SOLDEVILLA, AD: "*La Cooperativa como sociedad abierta*"... *cit.*, pág. 266 y ss. En el análisis de la figura en las Cooperativas de viviendas considera que si cuenta con un derecho subjetivo a ser socio, un

de viviendas, de “jurídica sin calificación especial” como titular de un derecho subjetivo, preferente ante socios y terceros e incluso ante la Cooperativa. En nuestra modesta opinión, sólo podría admitirse que ostenta un interés legítimo a ser socio, por lo que si la Cooperativa no respeta el orden previsto de aspirantes, puede acudir al Ministerio que corresponda –no parece práctico ni lógico que dicho interés le permita entablar acciones judiciales contra la misma-. Por supuesto, respecto de la vivienda su situación es de mera esperanza de hecho. Podría estimarse que goza de un derecho subjetivo a ser aspirante, pero las consecuencias que conlleva no parecen demasiado prácticas. Quizá sea más lógico calificarlo de esperanza sin consecuencias jurídicas, aunque el mero hecho de que ostente algún interés elimina esta posibilidad, y dicho interés debe reconocersele. También sería interesante aclarar si su situación es transmisible, lo que no parece deseable ya que puede afectar a los derechos del resto de aspirantes. En cualquier caso pensamos que la condición de aspirante debería haberse tenido en cuenta con relación a la transmisión de derechos de socio o renuncia de los mismos durante la construcción de las viviendas, como así hemos afirmado.

* El ordenamiento jurídico italiano regula y estudia la figura del aspirante a socio²⁷², a la que pertenecen los terceros que, pudiendo entrar en posesión de los requisitos exigidos,

derecho preferente si cumple los requisitos y hay una vacante. Plantea incluso, en base a las posibilidades del ordenamiento italiano, que debe tener medios de defensa judiciales ante los socios que transmiten y no respetan su derecho, ante terceros y otros expectante, y ante los administradores sociales. Afirma que la Cooperativa se encuentra obligada por imperativo legal a admitirlo como socio de pleno derecho, si cumple los requisitos y hay una baja.

²⁷² IU 1938, art. 94 : “Los consejos de administración tienen que compilar **el elenco de los aspirantes** a socios los cuales deben poseer, en el acto de su inscripción, los requisitos necesarios para la admisión como socio. El elenco debe indicar para cada uno inscrito: la fecha de la demanda, la fecha de la deliberación de la inscripción de parte del Consejo de administración, la fecha en la que se produce la publicación en el elenco.

El elenco debe estar puesto al día en relación a las sucesivas inscripciones y estar permanentemente anunciado en la sede social, tal que cualquiera que tenga interés pueda conocerlo. Contra las deliberaciones del Consejo de administración de la letra b), se admite el recurso ante la Comisión de vigilancia de la construcción popular y económica, dentro de 30 días a la fecha de su publicación.”

son rechazados por el Consejo porque no hay posibilidad de que obtengan una vivienda²⁷³, quedando inscritos en una lista como aspirantes; si queda vacante una vivienda por cualquier causa, y los socios inscritos no ejercitan su derecho de opción, lo aspirantes tienen derecho a la reserva o asignación según el orden de la lista²⁷⁴.

El socio aspirante²⁷⁵ no tiene ningún derecho transmisible, sino una mera aspiración o expectativa. La condición de aspirante a socio es eventual²⁷⁶, por aplicación del principio de puerta abierta –se concilian los intereses de la Cooperativa y de los socios–, no implica la adquisición de ningún derecho subjetivo²⁷⁷, no tiene los derechos y deberes de los socios, ni tampoco un interés legítimo. El aspirante a socio posee una posición preliminar

Art. 108. "En el caso de viviendas que queden **disponibles antes de la estipulación del contrato de mutuo por decadencia, renuncia u otra causa**, el consejo de administración debe interpelar, uno después de otro, el ejercicio del derecho de opción, a todos los socios a partir de aquel situado en grado inmediatamente después del titular de la vivienda vacante.

No podrá establecerse la reserva o asignación de las viviendas disponibles a favor de los **aspirantes** a socios si no después de haber interpelado a los socios inscritos no reservistas o asignatarios, pero en posesión de los requisitos de la ley.

MERZ, S.; BUSON, MT.; CESCO, R.; LUCCHIESE, MT.; MADONNA, R.; SCOCCA, V.; SGUOTTI, P.: "*Manuale pratico delle società cooperative*" ... cit, pag. 530.

²⁷³ Se refiere la doctrina al aspirante en las Cooperativas de construcción, en las que los futuros nuevos socios no podrían gozar de los beneficios cooperativos por no disponer la Cooperativa de viviendas suficientes. GROSSO, P.: "*I controlli interni nelle cooperative*". Quaderni di Giurisprudenza commerciale AG Giuffrè editore, Milano 1990 pág. 33 y ss, 60 y ss.

²⁷⁴ El aspirante debe reunir los requisitos para ser socio, permaneciendo en lista de espera por la existencia de viviendas insuficientes para todos aquellos que desean formar parte de la Cooperativa. MERZ, S.; BUSON, MT.; CESCO, R.; LUCCHIESE, MT.; MADONNA, R.; SCOCCA, V.; SGUOTTI, P.: "*Manuale pratico delle società cooperative*" ... cit, pág. 264 y ss.

²⁷⁵ El aspirante no tiene un derecho subjetivo a ser admitido como socio, sino una expectativa en el caso de las cooperativas de construcción sujetas a contribución estatal: BASSI, A.: "*Cooperazione e Mutualità*" ... cit, pág. 65.

²⁷⁶ ROEHRSSEN, G.: "*Edilizia popolare de economica*" ... cit, pág. 345.

²⁷⁷ GROSSO, P.: "*I controlli interni nelle cooperative*" ... cit, pág. 33 y ss, 60 y ss. La autora estudia esta figura del aspirante - socio como "una técnica posterior para actuar el principio de la puerta abierta, sin obstaculizar las exigencias objetivas y las limitaciones de la Cooperativa, tal que el ingreso de un nuevo socio se traduzca en mayores dificultades para obtener los fines sociales en desventaja de los antiguos socios, es la institución de la figura del aspirante - socio."

y se encuentra incluido en un elenco de aspirantes realizado por el Consejo de administración²⁷⁸.

Según algún autor²⁷⁹ para ser inscrito como socio bastará la comprobación por la Cooperativa del cumplimiento de los requisitos y del respeto al orden previsto en la lista de aspirantes. Si la Cooperativa rechaza al aspirante -removidos los obstáculos y cumpliéndose los requisitos-, éste tiene título para que se reconozca la cualidad en juicio. No es exigible esta obligación excepto en casos de empresas que se encuentren en una situación de monopolio legal, o en algunos casos de monopolio de hecho, en los cuales, si la Cooperativa se niega y no admite al aspirante se podría acudir al abuso de derecho por los daños provocados por el rechazo, sin que exista un derecho a ser admitido en la Cooperativa.

Las cuestiones que la doctrina italiana plantea son interesantes y podrían aplicarse a las Cooperativas de viviendas en nuestro país. Es importante destacar en este sentido, su consideración como eventual, respecto de la que se estima que tiene una legítima expectativa, aunque nosotros hemos matizado que quizá sólo ostente un interés. Debe resaltarse su carácter obligatorio sólo en los casos de monopolio legal o de hecho, lo que en el ámbito de viviendas en nuestro país puede extrapolarse a los supuestos de subvenciones oficiales, que deben respetar también la situación y orden de los aspirantes.

También en Portugal, el DL sobre viviendas 218/82 de 2-6 hace referencia a la situación del aspirante a socio, y afirma que puede limitarse el ingreso como socio a la existencia

²⁷⁸ PERINI, M : *"Edilizia economica e popolare"* ... cit, pág. 392-393, 397 a 400.

²⁷⁹ GROSSO, P : *"I controlli interni nelle cooperative"* ... cit, pág. 63 y ss.

de posibilidades reales de construcción, constituyéndose una lista de aspirantes que quedan pendientes de acceder a la condición de socio -artículo 5²⁸⁰ -.

Concluyendo, el aspirante en nuestro ordenamiento jurídico existe como tal aunque la Ley no le preste demasiada atención, incluyéndose en una lista con un número de orden determinado elaborada por el Consejo de administración. La referencia legal al ofrecimiento de las viviendas en los casos de tanteo y retracto de la Cooperativa en viviendas ya entregadas es insuficiente, y debería completarse con una remisión similar durante el período de construcción de las mismas, que en pura teoría es más lógica. En cualquier caso, interpretada esta figura según la visión italiana, puede mantenerse que el aspirante debe cumplir los requisitos exigidos para ser socio, si se ha establecido alguno, y goza de un interés legítimo o una expectativa de derecho, aunque no está claro que su inadmisión -si cumple los requisitos, es el primero en orden, y existe una vacante- le permita recurrir judicialmente. El legislador puede optar por regular adecuadamente esta figura en el sentido expresado, u olvidarse de ella, considerándola una mera esperanza de hecho, pero debe optar por una u otra posibilidad. Nosotros nos inclinamos por la primera.

3. Socio.

En el momento de inscripción comienza la relación básica entre la Cooperativa y el socio, concretándose el contrato de constitución de la Cooperativa respecto de éste y la relación representativa entre ambos. Los socios se integran, por su inscripción, en la

²⁸⁰ "Artículo 5. Admisión de socios. -1. En las Cooperativas de construcción y vivienda sólo se podrá condicionar la admisión de nuevos socios a la existencia de programas en que puedan ser integrados los candidatos. 2. Los candidatos que no fuesen admitidos basándose en el número anterior serán obligatoriamente inscritos, por orden de presentación de las respectivas solicitudes, en una relación al efecto, debiendo ser respetado este orden en cuanto a la admisión de nuevos cooperativistas."

Cooperativa, ya se produzca ésta en el momento de constitución de la misma, o incluso posteriormente, como inscripciones ulteriores o en casos de vacantes²⁸¹.

En el momento de la inscripción, el socio –usuario-, que cumple los requisitos previstos en los Estatutos, de acuerdo con la Ley²⁸², se integra en la Cooperativa y se compromete a aportar su participación en la vivienda, convirtiéndose en comunero, y realizando un desembolso parcial y a cuenta de dicha participación. El socio se compromete a cumplir con sus obligaciones sociales, entre las cuales destaca la de participar en las actividades cooperativas, y la Cooperativa se obliga a permitirle el ejercicio de sus derechos. Generalmente coincide con este momento, aunque podría no ser así, la asunción del compromiso concreto sobre la vivienda –como objeto de la relación social-. Este compromiso conlleva la obligación del socio de cumplir y aportar las cantidades previstas ingresando en la comunidad formada por todos los socios, y legitimando a la Cooperativa para actuar por su cuenta. La Cooperativa asume los deberes sociales de representación y organización del objeto y de la comunidad, y el deber de realizar la actividad cooperativa respecto de los socios, proporcionando al socio la vivienda pactada.

El socio inscrito tiene derecho a la actividad cooperativa pactada, la vivienda, en general, no concreta. Como comunero tiene derecho a una cuota, contribuyendo a los gastos necesarios que le correspondan, pero no a una vivienda concreta con un coste

²⁸¹ Algunos autores como FAJARDO GARCÍA, G: *“La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios”* ... cit, pág. 59 y ss, distinguen el ingreso de los socios fundadores del de los socios posteriores en relación a la aportación obligatoria (en caso de nuevos socios incorporados por su cuenta o a causa de una baja). Así, estima que la exigencia de cuotas de ingreso puede completar y compensar la desventaja en que se encontraría el antiguo socio respecto del nuevo, especialmente teniendo en cuenta que los socios fundadores constituyeron la cooperativa y la organizaron, asumiendo un esfuerzo y riesgo suplementario.

²⁸² Así lo dispone el art. 12 LC –art. 31 LGC-.

determinado, por no haberse individualizado y concretado todavía su derecho, mediante la división de la comunidad. Así, deberíamos preguntarnos si con la inscripción nace el derecho subjetivo a la vivienda, aunque para su ejercicio es preciso que sea reservada e individualizada, una vez acreditada su existencia física y su entrega, o bien el derecho a la vivienda concreta nace y se ejercita sólo desde dicha individualización, y nunca antes de este momento. En nuestra opinión, para tener derecho a la vivienda es preciso tener el derecho de reserva de la misma y ser socio, en cuyo caso el socio inscrito sólo tiene derecho a la concreción y no a la vivienda determinada, respecto de la cual ostenta una expectativa de derecho. En función de lo anterior, la adquisición de la propiedad de la vivienda por el socio podría ser un caso de adquisición originaria del derecho de propiedad, que atraviesa diferentes fases sucesivas, simple esperanza de hecho en el caso del aspirante, derecho a la vivienda en general y expectativa de derecho respecto de la vivienda concreta en el supuesto de socios inscritos, convirtiéndose en derecho subjetivo a la vivienda determinada desde que se produce la individualización, y siempre que exista el objeto, el edificio dividido en viviendas²⁸³. Interpretándolo según la visión planteada por DE CASTRO²⁸⁴, la comunidad existente desde la inscripción como socio hasta la concreción de la vivienda es un caso de situación jurídica interina, de pendencia respecto de la vivienda concreta. Dentro de esta situación de pendencia, se admite la titularidad

Según algún autor, los requisitos para ser socio pueden venir impuestos por el objeto social de la Cooperativa, que por su esencia y estructura determina los sujetos interesados en ella —el supuesto se refiere a una Cooperativa de enseñanza: CALZADA CONDE, MA: “*Comentario a la STS de 15-3-1983*”, en C.C.J.C núm. 2, pág. 475 y ss.

²⁸³ RIVERO HERNÁNDEZ, F: en LACRUZ “*Parte general del Derecho Civil*”. Vol. 3º, Bosch, Barcelona 1990, pág. 101. Se advierte que la calificación y terminología difiere según los autores, identificándose en ocasiones los términos de esperanzas y expectativas jurídicas, y la titularidad interina o derecho eventual.

²⁸⁴ DE CASTRO, F: “*Derecho Civil de España*” ... *cit.*, pág. 584-5. Este autor manifiesta que en los casos de indeterminación limitada y transitoria del sujeto, como en los casos de cotitularidad (analiza el supuesto de pluralidad de titulares por herencia), existirá transitoriamente una indeterminación de sujetos, dejando la individualización para el momento de adjudicación de bienes. Así, la pluralidad tiene una titularidad interina, y cada uno de los cotitulares tiene una titularidad preventiva, un derecho eventual respecto a cada uno de los derechos subjetivos.

interina (de la comunidad) para conservar la situación de pendencia a favor de sujetos indeterminados (los socios) y la titularidad eventual de los socios que, cuando el evento se produce, pasan de la situación de pendencia a la definitiva. La situación eventual o definitiva respecto de la vivienda es importante en orden al cumplimiento de las obligaciones de los sujetos, y su exigibilidad. Algunos autores²⁸⁵ distinguen dos relaciones distintas de los socios con la Cooperativa, según la vivienda le haya sido o no asignada, como contrato de adhesión o negocio jurídico determinado. El derecho a la vivienda en general se basa en la relación social, individualizada mediante la inscripción como socio, como derecho a la actividad cooperativizada que es distinta según el objeto social de la cooperativa.

* En Italia, admitida y regulada la inscripción como socio como fase cooperativa, ésta precisa requisitos diferentes según se trate de Cooperativas subvencionadas²⁸⁶ o libres, que se establecen por Ley o contrato en cada caso. La situación de socio se produce

²⁸⁵ GÓMEZ APARICIO A.P: "Análisis de los aspectos financieros de la Sociedad Cooperativa de viviendas en España" ... cit, pág. 59: "Dentro de las Cooperativas de viviendas, se pueden distinguir claramente, dos relaciones distintas de los socios con la sociedad. En un primer momento, el socio admitido, y que todavía no ha sido adscrito a una determinada promoción - no tiene asignada vivienda -, mantiene la relación propia de un contrato de adhesión. Así "cuando el socio se incorpora a una promoción determinada, la relación asociativa o de contrato de adhesión, es superada, ya que nace y se genera entre el socio y la cooperativa un negocio jurídico concreto y determinado, que se traduce en la participación en una promoción, con las obligaciones y derechos que dicha participación establece entre las partes y que tienen sus reglas normativas de relación jurídica, en los Estatutos de la Cooperativa y de forma principal y directa, en los acuerdos de Asamblea General o en su caso del Consejo Rector, que ambos órganos de gobierno puedan adoptar en orden a la actuación promocional" FERNÁNDEZ GARCÍA-LORENZANA: "Aspectos jurídicos de las cooperativas de viviendas". Curso de especialización de directores/gerentes de cooperativas de viviendas. Centro de Educación Cooperativa Luis Cuñat, Madrid 1991, pág. 29 y ss.

A esta relación de adhesión y posterior negocio jurídico determinado podrían aplicarse, pese a su realidad plurilateral, las normas y doctrina sobre los elementos del contrato. Puede destacarse por su especial interés en este tema, en relación al consentimiento, el comentario de GÓMEZ LAPIAZA, M^ºC: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales": dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, art. 1262, tomo XVII, vol. 1^ºB. Edersa, Madrid 1993, pág. 48 y ss.

²⁸⁶ ROEIRSEN, G: "Edilizia popolare de economica" ... cit, pág. 345. BASSI, A: "Cooperazione e Mutualità" ... cit, pág. 62-63. En la cooperación sociológica (subvencionada) los requisitos imponen un sujeto interesado, en conexión con el objeto social. En la cooperación neutra (libre), prevista por el CC, los requisitos subjetivos y el objeto social no dependen de la ley sino de la autonomía de los contratantes, aunque éstos también pueden determinarse por su pertenencia a determinadas categorías o clases sociales: además no se excluye en la cooperación neutra que la prestación mutualística responda a un interés fundamental del socio. Los requisitos de la primera se citan en pág. 62 a 69.

posteriormente a la condición de aspirante, y por deliberación del Consejo de administración, debiendo cumplirse los requisitos establecidos en el TU²⁸⁷ para ser socio, estudiados por la doctrina²⁸⁸. Según ésta, la inscripción tiene naturaleza constitutiva, pero el socio no tiene todavía un derecho a la asignación²⁸⁹.

Además de los requisitos exigibles para adquirir la condición de socio inscrito, el TU regula algunos aspectos más: la limitación en el número que pueden ser elegidos como cargos sociales, frente a esta misma cuestión referida a los reservistas y asignatarios²⁹⁰, la

²⁸⁷ "Art. 93 Los consejos de administración en sede de **inscripción** de socios deben, en igualdad de condiciones, preferir los casados con prole a los que no la tengan y estos últimos a los no casados." "Art. 95 : Los requisitos para la **atribución** de casas de cooperativas son: a) pertenencia a una categoría de las indicadas en el art. 91 y del segundo párrafo del art. 90. B) Residencia en el municipio en el cual surge la construcción.

El requisito de la letra a) debe existir sea en el momento de la **reserva** sea en el de la **asignación**, salvo para los pertenecientes a la categoría indicada en el art. 97 a), para los cuales es suficiente que exista en el momento de la **inscripción** de la Cooperativa. Las eventuales interrupciones en la posesión de los requisitos entre la fecha de la reserva y la de la asignación no perjudican el derecho de los socios. El requisito de la letra b) debe existir en la fecha de la inscripción en la cooperativa o en la de la reserva."

²⁸⁸ Respecto a la exigencia de determinados requisitos personales de los socios de las Cooperativas de construcción, BASSI distingue las Cooperativas subvencionadas, en las que no hay requisitos generales debido a la existencia de numerosas subcategorías (los singulares artículos sobre dichos requisitos los establecen en cada caso para disfrutar de estas ventajas), de las Cooperativas privadas que no precisan ningún requisito (pueden libremente determinarlos, y a falta de ellos pueden constituirse por sujetos que pertenezcan a todas las categorías sociales) BASSI, A : "*Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*"... cit, pág. 399 y ss : "La Ley fija una serie de requisitos que los socios de la cooperativa de construcción privada deben poseer para poder disfrutar de beneficios fiscales previstos para la asignación del inmueble (Ley 22-12-1980, n. 891 art. 8). Estos requisitos - de fondo sociológico - no pueden ser requisitos que deban poseer necesariamente todos los socios de Cooperativas de construcción, y menos que nunca en el campo de Cooperativa de construcción puede pretenderse que los socios no sean propietarios de otros inmuebles o viviendas (como cada vez se ha pretendido en base de homologación, pero sobre todo de inscripción en el Registro) en cuanto este requisito, junto a otros, está previsto en la Ley únicamente para poder disfrutar de beneficios fiscales en el momento de transferencia del inmueble de la sociedad a los socios. (En nota a pie : Sería raro que la Ley regulara con más conocimiento y severidad este aspecto del fenómeno, junto a la transferencia del inmueble, en manera tal de quitar el acceso a beneficios o prohibir hasta la constitución de Cooperativa para adquisición de viviendas no destinadas a satisfacer las exigencias de habitación primarias. En el estado actual de nuestra legislación no es posible negar el ingreso de fenómenos de Cooperativa de construcción neutra, la cual provoca que sea posible la hipótesis patológica de la Cooperativa de carácter especulativo." En las Cooperativas de propiedad individual subvencionadas y reguladas por el TU, hay libertad para fijar los requisitos para la admisión como socios, que pueden no coincidir, una vez determinada la composición de la asociación, con los socios sucesivamente reservistas y asignatarios, que suelen someterse a otros requisitos.

²⁸⁹ PERINI, M : "*Edilizia economica e popolare*"... cit, pág. 392-393, 397 a 400. Según MERZ, S : BUSON, MT : CESCO, R : LUCCHESI, MT : MADONNA, R : SCOCCA, V : SGUOTI, P : "*Manuale pratico delle società cooperative*"... cit, pág. 264 y ss, esta situación es presupuesto esencial para acceder a la asignación de la vivienda, es personal y no transmisible.

²⁹⁰ Art. 89: "Los socios de Cooperativas de construcción con contribución estatal, no reservistas o asignatarios de las viviendas, no pueden ser elegidos en los cargos sociales en número superior a dos."

redacción de un elenco de socios inscritos²⁹¹, en relación a la pérdida de la cualidad de socio²⁹² -se regula la omisión de pago, aunque ésta tendrá efectos especiales en el caso del art. 228-. Las viviendas disponibles dejan libre el derecho de opción del resto de socios²⁹³, y la pérdida conlleva el traslado de la propiedad a la Cooperativa²⁹⁴. Con relación a los efectos de la muerte del socio inscrito en Cooperativas subvencionadas, y también en las libres, se aplica el CC²⁹⁵ puesto que el TU no establece nada al respecto.

Los efectos que sobre el derecho a obtener una vivienda produce la inscripción como socio de una Cooperativa han sido analizados por la doctrina italiana, que estima que la inscripción como socio da lugar a la relación social principal, y no implica un derecho ni una expectativa respecto del derecho a adquisición de la vivienda²⁹⁶, aunque con relación

²⁹¹ Art. 101: “ Los consejos de administración tiene la obligación de compilar y tener anunciado y al día permanentemente en la sede social, a fin de que quien tenga interés pueda conocerlo, el elenco de socios **inscritos** con las siguientes indicaciones: A) la respectiva fecha de inscripción. B) La fecha de la consigna verbal, de cada uno de ellos, de la vivienda desde que se haya producido. C) La fecha de la consigna verbal de los accesorios y anejos del art. 98 cuando ésta se produzca en tiempo distinto.

Las fechas bajo las cuales se ha producido la publicación de los verbales de las precedentes letras b y c. Transcurridos 30 días desde la fecha de publicación de cada consigna, cualquier recurso es inadmisibile.

²⁹² Art. 103: “Los consejos de administración pueden deliberar la cancelación de aquellos socios **simplemente inscritos o también reservistas** de viviendas, los cuales si bien notificados a pagar en término perentorio, hayan omitido pagar la cuota por gastos generales al menos durante 3 meses...”

Art. 228: “Aquellos que, **no habiéndoles asignado una vivienda, pierdan la cualidad de socio** según la norma del art. 209, mantienen el derecho a concurrir, según el originario orden de inscripción, a la **asignación** de la vivienda que se haya convertido en disponible por decadencia a causa de mora.”

²⁹³ Art. 108: “En el caso de viviendas que queden **disponibles antes de la estipulación del contrato de mutuo por decadencia, renuncia u otra causa**, el consejo de administración debe interpelar, uno después de otro, el ejercicio del **derecho de opción**, a todos los **socios** a partir de aquel situado en grado inmediatamente después del titular de la vivienda vacante.”

²⁹⁴ Art. 110: “Cuando un socio de la cooperativa prestamista de la casa de depósitos y préstamos haya perdido o **pierda tal cualidad** o el derecho de **reserva o asignación** de la vivienda, el ministerio tiene la facultad hasta la estipulación del contrato de préstamo, de disponer coactivamente el traspaso de propiedad a la Cooperativa... la cooperativa debe responder de la suma efectivamente pagada por la adquisición del terreno... El procedimiento ministerial tiene los efectos del decreto de expropiación por causa de utilidad pública, y no está sujeto a ningún recurso o acción.”

²⁹⁵ Así, el socio **inscrito** tiene derecho sobre su acción o cuota social, y si muere se transmite al heredero, si éste cumple los requisitos para ser socio (el acto constitutivo debe establecerlo), pero si no los cumple, se transmite el derecho a liquidación de la cuota. “Art. 2528. *Morte del socio. In caso di morte del socio, salvo che l'atto costitutivo disponga la continuazione della società con gli eredi, questi hanno diritto alla liquidazione della quota o al rimborso delle azioni, secondo le disposizioni dell'articolo seguente.*”

²⁹⁶ BASSI estima que no existe ni una expectativa, ni un derecho subjetivo del socio y ello porque los requisitos para obtener la vivienda son distintos de los exigidos para formar parte de la sociedad. BASSI, A.:

a las libres no parece válido excluir su condición de derecho subjetivo. En concreto, en las Cooperativas de construcción subvencionadas no se reconoce explícitamente un derecho del socio, por el sólo hecho de serlo, a obtener la propiedad de la vivienda construida. No obstante se admite que, si el socio cumple los requisitos para la entrega, pueda “pretender” la prestación mutualística.

Continúan afirmando²⁹⁷ que la demanda o reclamación de la prestación mutualística a la Cooperativa no determina ningún efecto traslativo sobre el bien objeto de la prestación, y el contrato de constitución de la Cooperativa no es fuente de la obligación de cambio para conseguir la prestación debida. La Cooperativa sólo queda obligada por su constitución a acoger la demanda del socio discrecionalmente²⁹⁸. Los tribunales italianos

“Cooperazione e Mutualità” ... cit, pág. 80-81 : “En las Cooperativas de construcción subvencionada falta el reconocimiento explícito de un derecho subjetivo del socio, por el sólo hecho de ser socio, a obtener la propiedad de la vivienda construida. Falta este reconocimiento y es obvio que sea así desde el momento en que la obtención de la vivienda por el socio es el trámite de un procedimiento que se perfecciona a través de fases sucesivas culminantes en la estipulación del préstamo de construcción individual (en nota a pie añade que después de la estipulación de este préstamo individual entre los socios asignatarios se instaura una situación de condominio pero no desaparece la Cooperativa : actualmente este autor no opina así, la división del préstamo es decisiva para la transmisión de la propiedad y el tema del condominio no se considera). Sea o no el socio, en el curso de este procedimiento, titular de una expectativa jurídica tutelada, es evidente que no se puede hablar de un derecho del socio a obtener las prestaciones de la sociedad, porque, también en base al TU citado, los requisitos para obtener la vivienda construida por la Cooperativa no coinciden con los requisitos requeridos para entrar a formar parte de la sociedad... y la existencia de estos requisitos debe documentarse con referencia a los dos momentos de reserva y asignación (art. 95 TU). Pero es evidente que el desconocimiento de un derecho subjetivo del socio no excluye evidentemente que, en presencia de todos los presupuestos específicos requeridos por la Ley, el socio pueda “pretender” la prestación mutualística.” Estas reglas también se consideran aplicables a las Cooperativas de construcción libre que suelen recurrir a los principios de la subvencionada. Parece que esta solución no beneficiaría en nada a las Cooperativas de construcción libres, que no deberían necesitar requisitos adicionales para la obtención de la vivienda, por lo que excluir en ellas el derecho subjetivo del socio a la prestación sería perjudicial para este.

²⁹⁷ BASSI, A : “Cooperazione e Mutualità” ... cit, pág. 105-106. Este autor, también introduce como posibilidades que la determinación del contenido de la prestación mutualística sea anterior o posterior a la demanda del socio. En el caso de demanda previa, la determinación del contenido de dicha actividad singular de cambio, con el socio que la demanda, será apreciada por los órganos de la sociedad de forma discrecional (elección no libre, pero tampoco absolutamente normada). Esta determinación se sujetará a los límites externos del área circunscrita y los límites internos de legitimidad en la formación de la voluntad social para concretar dicho contenido. Debe distinguirse, en relación a la legitimidad, la regla de discrecionalidad de los órganos en la determinación del contenido, de la (arbitraggio) arbitrariedad.

²⁹⁸ BASSI, A : “Cooperazione e Mutualità” ... cit, pág. 117 y ss. En pág. 117 cita un supuesto viciado en el caso de las Cooperativas de construcción: “Por ejemplo, si en una Cooperativa de construcción que había asignado a los socios viviendas de valores distintos, la Asamblea decide después que el coste de fabricación debía distribuirse entre los socios en partes iguales y no en proporción al valor de los mismos, esta deliberación que determina en concreto el precio en el contrato que transfiere la propiedad de las viviendas a socios, estaría según el autor viciada, bajo el perfil de arbitrariedad o por manifiesta iniquidad, en caso de que la mayoría entienda, violando

resuelven algunas cuestiones relativas a la inscripción como socio en las Cooperativas de construcción²⁹⁹.

Respecto a la regulación italiana del socio inscrito y su aplicación al supuesto cooperativo español, algunas cuestiones no esenciales no es conveniente aplicarlas, como las limitaciones en los cargos sociales, los requisitos de los socios, que en nuestro ordenamiento se establecen en la regulación específica de viviendas subvencionadas y protegidas, y no en general. El denominado elenco de socios es similar a nuestro libro registro de éstos. Nuestro ordenamiento también regula los efectos de la omisión de pago respecto de la condición de socio, y en caso de cese de la relación social hace referencia al derecho del resto de socios. Sin embargo, difieren absolutamente del ordenamiento italiano las cuestiones sobre la transferencia de la propiedad de lo aportado

principios fundamentales de la mutualidad, como entre otros el de la igualdad de tratamiento, obtenido un injusto beneficio en daño de la minoría, por error, en caso de que la mayoría delibere sobre el presupuesto erróneo del igual valor de las viviendas asignadas.

En las Cooperativas de construcción, continúa el autor en pág. 123-124, se produce un conflicto de intereses entre socios y Cooperativa que solicitan una prestación individualmente y luego participan en la determinación de su contenido. Este conflicto es resuelto por la Asamblea, cuyas deliberaciones se enlazan con las normas de sus Estatutos y reglamentos, siendo variables según cada caso los procedimientos no típicos por los que se perfecciona la adquisición de la vivienda por el socio. En relación al conflicto de intereses en las Cooperativas de construcción, el autor concluye en la pág. 126, que “puede suceder que sea la Asamblea quien decida sobre las asignaciones de las viviendas a los singulares socios reservistas. En esta hipótesis, cuando de un lado todos los socios están directamente interesados en la deliberación, y la sociedad, de otro, ha conseguido el objeto social con la construcción del inmueble, no se puede pensar en un interés social de la Cooperativa ni siquiera en sentido institucionalista, como interés que sin embargo sobrevive a los actuales socios. La situación de conflicto no es entre socios y sociedad, sino entre los intereses individuales de los socios. Viene aquí el problema, no de conflicto de intereses sino de igualdad de tratamiento entre socios, que se resuelve, a falta de condiciones generales, con la adopción de criterios de atribución objetiva, como el sorteo. Se pone de relevancia aquí, y sería interesante profundizar sobre ello, la misma problemática sustancial de la disolución de la comunión.” En el caso de las Cooperativas de construcción subvencionada (art. 91, 95 y 31 TU) cesa el principio de igualdad de tratamiento entre los socios, según BASSI pág. 138, estableciéndose discriminaciones o diferencias para la asignación de la vivienda, diferencias basadas en las condiciones personales de los socios, no de las acciones.

²⁹⁹ RINAUDO, A: “*Le società cooperative*” ... cit, pág. 863 y ss: En relación a la **inscripción** como socio, que implica la obtención de la cualidad de tal, y debería realizarse por el Consejo de administración siempre que se cumplan los requisitos exigibles, pueden destacarse algunas cuestiones planteadas ante los Tribunales italianos, que podrían afectar al supuesto analizado en nuestro ordenamiento, como son: 1. Competencia del Consejo y no de la Asamblea de socios (con deliberación motivada en los casos de rechazo). 2. Elección entre los aspirantes según el número cronológico de éstos (con diferencias según circunstancias familiares en casos de igual fecha). 3. Imposibilidad de admitir como socio al que no posea en ese momento los requisitos para serlo y consecuencias de la pérdida sobrevenida de requisitos sobre la cualidad de socio (no cesa automáticamente y puede sanarse). 4. Exigibilidad o no, en el momento de inscripción, de los requisitos para adquirir la vivienda. 5. Imposibilidad de

para la obtención de viviendas a la Cooperativa en los casos de pérdida de la cualidad de socio, ya que en nuestro ordenamiento en ningún momento la Cooperativa ostenta la propiedad de la vivienda.

Admitiendo la visión de la inscripción como socio en el Derecho italiano, y refiriéndonos de nuevo a nuestro ordenamiento, puede concluirse que, en la inscripción surge el derecho social subjetivo a la actividad cooperativa, a la vivienda en general, y la expectativa respecto de la vivienda, que precisa existir y concretarse. Es importante, en este sentido, la visión de la doctrina italiana de que la demanda de la prestación de vivienda en general no afecta a la traslación del bien –vivienda concreta–, y el negocio de constitución de la Cooperativa no es fuente de la adquisición de la vivienda, aunque no se argumenta de forma convincente la identificación formal con los contratos de cambio –además, en nuestro país la Cooperativa no adquiere la propiedad de lo aportado–. En nuestro ordenamiento la inscripción como socio, y la consiguiente adhesión a la comunidad sobre la masa de gestión económica, hace surgir una expectativa de derecho sobre la vivienda, que se individualizará respecto de una vivienda concreta en el momento de reserva. La expectativa tiene como base la obligación social de actividad cooperativa y el derecho a la división de la comunidad y a la adjudicación de la vivienda. Algún autor afirma que el derecho a participar en la actividad cooperativa implica un derecho a elegir vivienda no a una vivienda determinada³⁰⁰, y no le falta razón.

permutar el orden con otro socio, aunque si puede renunciarse al turno y a los derechos de socio en favor de otro socio, pero no de tercero.

³⁰⁰ GÓMEZ APARICIO A.P.: *“Análisis de los aspectos financieros de la Sociedad Cooperativa de viviendas en España”* ... cit., pág. 62: *“Otro de los derechos es el de participar en la actividad empresarial - en los logros que desarrolla la cooperativa para el cumplimiento de su fin, sin ninguna discriminación, tal y como establece el principio cooperativo de democracia en la gestión. Para el caso de las Cooperativas de viviendas este derecho se concreta, en primer lugar, en el derecho a elegir vivienda según su número de orden, a participar en los servicios y dotaciones comunes, y a transmitir sus derechos, una vez adjudicada la vivienda, en las condiciones legales y estatutarias.”*

Por su parte, FAJARDO GARCÍA³⁰¹ se refiere al deber de participar en la actividad cooperativa, de cooperar, como una obligación de pagar lo adquirido, la vivienda. El incumplimiento puede significar el cese de la relación social y consecuentemente del derecho a la vivienda. Esta obligación de pagar lo adquirido es exigible al socio, tanto por sus obligaciones cooperativas como por la contribución en los gastos, proporcionales a la cuota en la comunidad. El derecho a la vivienda en general es exigible como obligación social, como actividad cooperativa, y su incumplimiento sólo da lugar a la posible disolución de la cooperativa, y a la exigibilidad de responsabilidad a sus órganos por la actividad representativa. En relación a esta cuestión debería plantearse la equivalencia en las consecuencias del incumplimiento por el socio –expulsión, deducciones y reembolso sujeto a la sustitución por otro socio- o por la Cooperativa – simple supuesto de disolución y responsabilidad de los órganos según la LC y, añadido yo, de indemnización de daños y perjuicios causados a los socios por los responsables del incumplimiento (órganos, empresa gestora...)-.

La condición de socio puede definirse, por tanto, como una fase cooperativa esencial, tanto en la complejidad de relaciones entre la Cooperativa y el socio, individualmente considerado o en comunidad, como frente a todos los terceros que con ellos se relacionan respecto de la vivienda.

5. RESERVA O INDIVIDUALIZACIÓN DE LA VIVIENDA.

La reserva o individualización de la vivienda es el resultado de la concreción de las cuotas de la comunidad sobre la masa de gestión económica. La masa se está materializando en un edificio, y la concreción de las cuotas tiene lugar mediante y para la

³⁰¹ FAJARDO GARCÍA, G: *“La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios” ... cit,* pág. 83.

individualización de las viviendas correspondiente a cada uno de los socios. La individualización es uno de los elementos fácticos necesarios para el nacimiento del título constitutivo de Propiedad Horizontal, cuya eficacia se producirá cuando se transmita la propiedad de las viviendas. En este momento de reserva no hay todavía adquisición de la propiedad de la vivienda por el socio. La reserva puede establecerse formalmente en cualquier momento desde la inscripción como socio -existiendo Proyecto de construcción de las viviendas- hasta la transmisión de la propiedad, por el sistema previsto, de antigüedad en el orden de inscripción o sorteo, por lo cual en algún caso llega a confundirse con la inscripción como socio o la adjudicación.

No podemos afirmar que la reserva corresponda siempre a una fase identificable en la vida cooperativa, aunque es un momento esencial, por ser la base de la adjudicación; base subjetiva de la división de la comunidad que, unida a la existencia del edificio dividido materialmente en viviendas y entregado por el constructor, determina el nacimiento de la PH. Es exigible a la Cooperativa como representante y, en su caso, a la gestora como administrador de los intereses de los socios, que están obligados a informar al socio debidamente, en aquellos casos en que la reserva o individualización no haya sido realizada en el momento de inscripción y deba hacerse posteriormente en virtud de un criterio concreto, sobre cuando se realizará y cual es este criterio -no es lo mismo la antigüedad que el sorteo-.

En nuestro ordenamiento no se hace referencia expresa a esta fase o posibilidad, ni en la LC vigente ni en las Leyes autonómicas, y en la práctica, dentro del supuesto cooperativo que estamos analizando, es difícil distinguirla puesto que se trata del elemento subjetivo de la adjudicación. La identificación específica de la reserva no es obligada o necesaria, sino voluntaria. Podríamos prescindir de ella, aunque la estudiamos

por nuestro intento de elaborar una sucesión de fases paralelas a las reguladas en el caso italiano, que la contempla como tal.

Así, el socio, que todavía no tenía derecho a una vivienda concreta, sino una expectativa de derecho respecto de aquélla, concreta su derecho sobre la vivienda desde el momento en que se produce la reserva a su favor. En el momento de reserva se produce la condición o eventualidad necesaria para que el derecho de cada socio se convierta en definitivo. La razón de la concreción la encontramos en la división de la comunidad, puesto que la relación asociativa y representativa entre la Cooperativa y el socio continúa siendo la misma, siendo la reserva un elemento de aquélla. Desde la reserva el socio tiene derecho a que se le adjudique la vivienda concreta puesto que tiene título para ello, como copropietario y participe en la división, ya no eventual ni expectante como en el caso de mera inscripción.

El hecho de reservar o dividir la comunidad debe distinguirse de la atribución concreta de los lotes. Admitida por todos los socios la reserva o división, con efectos futuros, en el propio documento de inscripción en la sociedad, la disconformidad respecto del lote adjudicado³⁰² no debería afectar a la reserva o división en sí.

* La fase de reserva, tal como se entiende en Italia, es el momento de individualización de la vivienda por la voluntad del socio, aceptada por la Cooperativa. En Italia, en las Cooperativas subvencionadas, la reserva es, en opinión de ROEHRSEN³⁰³, del lado objetivo la específica y concreta individualización de la vivienda, y del lado subjetivo, en

³⁰² Si un socio no está de acuerdo con el procedimiento de individualización y la vivienda que le ha correspondido, podrá impugnar el acuerdo de la Asamblea en que se adoptó esta decisión. Sin embargo, si el procedimiento ha sido correcto, no parece que se pueda modificar la individualización, y al socio sólo le queda la posibilidad de causar baja en la Cooperativa, o transmitir sus derechos a otro socio.

la manifestación de voluntad del socio de conseguir la vivienda, voluntad que debe ser aceptada por la Cooperativa.

En el ordenamiento italiano la reserva es un acto intermedio, complejo, formado por la voluntad del socio y de la Cooperativa respecto a la individualización de la vivienda a que este socio tiene derecho. La reserva no puede hacerse por sorteo o de forma automática, lo que es distinto de la utilización del criterio de antigüedad o en sorteo previo seguido del acto de reserva entre la Cooperativa y el socio. En el TU de 1938 se exige que, en el momento de reserva, el socio siga ostentando los requisitos que se le exigieron cuando se inscribió como tal³⁰⁴, y tiene lugar cuando esté definido el plano del edificio y el número, ubicación... de las viviendas. Se permite la reserva en más de una cooperativa³⁰⁵, aunque una vez asignada la vivienda en una de ellas se cancelarán las demás.

³⁰³ ROEHRSEN, G: "*Edilizia popolare de economica*" ... *cit*, pág. 345. También MERZ, S; BUSON, MT; CESCO, R; LUCCHESI, MT; MADONNA, R; SCOCCA, V; SGUOTTI, P: "*Manuale pratico delle società cooperative*" ... *cit*, pág. 531.

³⁰⁴ Art. 95: Los requisitos para la **atribución** de casas de cooperativas son: a) pertenencia a una categoría de las indicadas en el art. 91 y del segundo párrafo del art. 90. B) Residencia en el municipio en el cual surge la construcción.

El requisito de la letra a debe existir sea en el momento de la **reserva** sea en el de la **asignación**, salvo para los pertenecientes a la categoría indicada en el art. 97 a), para los cuales es suficiente que exista en el momento de la **inscripción** de la Cooperativa. Las eventuales interrupciones en la posesión de los requisitos entre la fecha de la reserva y la de la asignación no perjudican el derecho de los socios. El requisito de la letra b) debe existir en la fecha de la inscripción en la cooperativa o en la de la reserva."

³⁰⁵ Art. 96: "Los consejos de administración deben proceder a la **reserva** de las viviendas teniendo presente que se consienten reservas en muchas cooperativas. En tal caso, sin embargo, el socio tiene la obligación de declarar por escrito a cada una de las cooperativas en las cuales tiene reserva todas sus reservas. La falta de declaración implica de derecho la decadencia de las reservas sucesivas a la primera, no denunciada."

Art. 98: "... Los consejos de administración, redactada verbalmente la consigna o asignación de la vivienda, tienen la obligación de advertir inmediatamente, con carta certificada, a las otras cooperativas en las cuales el socio es reservista, para la anulación de todas las reservas."

La situación de reserva puede extinguirse por distintas causas, que recoge el TU³⁰⁶ y estudia la doctrina³⁰⁷. El socio con reserva de vivienda tiene un derecho concreto que puede transmitir³⁰⁸.

En caso de pérdida de la condición de reservista, al igual que ocurría con los socios inscritos, se prevé el traspaso de la propiedad a la Cooperativa³⁰⁹. También se permite a los socios permutar su derecho de reserva, en el art. 113³¹⁰. La doctrina se refiere especialmente a la transmisión mortis causa de la posición jurídica de reservista, y a su permuta inter vivos³¹¹.

³⁰⁶ Art. 103: "Los consejos de administración pueden deliberar la cancelación de aquellos socios **simplemente inscritos o también reservistas** de viviendas, los cuales si bien notificados a pagar en término perentorio, hayan omitido pagar la cuota por gastos generales al menos durante 3 meses..."

Art. 104: "El ministro para el trabajo público, tiene la facultad de declarar en cualquier tiempo, pero **antes de la estipulación del préstamo individual** y a todos los efectos de la decadencia de la **reserva o la asignación** de la vivienda construida con concurso o contribución del Estado a cargo de aquellos que sean destituidos con pérdida del derecho a pensión..."

Art. 105: "El ministro para el trabajo público, comprobado que los socios han cumplido o tentado de cumplir especulaciones sobre las viviendas sociales, pueden hasta la estipulación del contrato de préstamo individual, y previa contestación de la deuda, decretar la **decadencia de la reserva o de la asignación**..."

³⁰⁷ PERINI, M.: *"Edilizia economica e popolare"* ... cit, pág. 392-393, 397 a 400. Son muerte del socio, renuncia, decadencia (por vicios, destitución en el puesto, impago, especulación), perecimiento del objeto, o bien puede transformarse por asignación de la vivienda.

³⁰⁸ Art. 115: "En las cooperativas de propiedad individual y contribución estatal, el **socio que muera** después de obtener la reserva de la vivienda, es sustituido en todos sus derechos por sus hijos con tal que subsistan las condiciones del art. 31, salvo el derecho de uso de la vivienda del cónyuge superstite, contra el que no haya sentencia de separación legal por su culpa; y no se haya casado de nuevo. A falta de cónyuge superstite, la reserva pasa a los otros socios de la cooperativa."

³⁰⁹ Art. 110: "Cuando un socio de la cooperativa prestamista de la casa de depósitos y préstamos haya perdido o pierda tal cualidad o el derecho de **reserva o asignación** de la vivienda, el ministerio tiene la facultad hasta la estipulación del contrato de préstamo, de disponer coactivamente el traspaso de propiedad a la Cooperativa... la cooperativa debe responder de la suma efectivamente pagada por la adquisición del terreno... El procedimiento ministerial tiene los efectos del decreto de expropiación por causa de utilidad pública, y no está sujeto a ningún recurso o acción."

³¹⁰ Art. 113: "Los socios **reservistas y asignatarios**, también si pertenecen a cooperativas diversas, financiadas tanto por la casa de depósitos y préstamos como por la Administración ferroviaria tienen la facultad de permutar la vivienda reservada o asignada siempre que concurra la preventiva no oposición de la respectiva cooperativa y el consenso de la casa citada o de la Administración ferroviaria. Al ministerio de trabajo público le concierne en cada caso aprobar el contrato de permuta..."

³¹¹ MERZ, S.; BUSON, MT.; CESCO, R.; LUCCHIESE, MT.; MADONNA, R.; SCOCCA, V.; SGUOTTI, P.: *"Manuale pratico delle società cooperative"* ... cit, pág. 264 y ss. Según estos autores, la reserva es un paso en el procedimiento de adquisición de la vivienda, que consiste en la individualización de ésta, requiere el cumplimiento de los requisitos para obtener la asignación, la manifestación de voluntad del socio y la manifestación de voluntad de la Cooperativa. Puede producirse en el intervalo de tiempo comprendido entre la aprobación del Proyecto y la habitabilidad de la vivienda. Del acto de reserva deriva el derecho a la entrega de la

Parece difícil entender la reserva, tal y como existe en Italia, y adaptarla sin más al supuesto español. Sin embargo, las notas de ambas son más similares de lo que parece, y ello porque ambas responden a la idea esencial de individualización o concreción de la vivienda respecto del socio, existiendo voluntad del socio y de la Cooperativa, que representa al conjunto de socios en comunidad. En el supuesto cooperativo español la reserva o individualización es uno de los elementos de la división de la comunidad, convirtiendo la mera expectativa del socio en un derecho subjetivo a la vivienda, que será efectivo cuando exista el edificio y se adjudique la vivienda. La reserva implica, además, un derecho a la adjudicación de la vivienda, y a su entrega, como así lo entiende la doctrina italiana con relación a la reserva y la asignación –desarrollada en el apartado siguiente-. La reserva podría definirse como una fase cooperativa que afecta a la comunidad de socios, con efectos internos, sin repercutir sobre las relaciones con los terceros.

La reserva se ha distinguido, teóricamente, como fase aunque no parece que sea precisa una regulación de la misma por el legislador cooperativo, puesto que se trata de una materia civil suficientemente desarrollada, y puede incorporarse a la adjudicación, como elemento de la misma pendiente del elemento objetivo de división de la comunidad –podría entenderse como un reconocimiento privado formal del derecho a la vivienda-.

vivienda elegida, siendo “un acto intermedio entre la inscripción como socio y la asignación, conlleva la definición de la posición del socio respecto a una vivienda determinada, convirtiendo en concreta la que hasta ese momento era una simple expectativa”.

4. ADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA AL SOCIO: ADJUDICATARIO.

Como ya se ha planteado en otros apartados, según el legislador cooperativo tanto estatal como autonómico³¹², la adjudicación de la vivienda se produce por “*cualquier título admitido en Derecho*”. El momento de adjudicación por la Cooperativa, que reconoce e instrumenta la propiedad del socio respecto de los demás copartícipes, es en sí una fase o estadio diverso de la inscripción como socio, que puede ser en el tiempo simultáneo o posterior a éste, y siempre dependiente de él.

El fundamento jurídico o título para la adquisición del derecho de propiedad exclusivo sobre la vivienda precisa que se cumplan dos requisitos, la reserva o individualización del derecho sobre cada una de las viviendas, a favor de cada copropietario -elemento subjetivo-, y la entrega de la obra cuya construcción ha finalizado, el edificio de viviendas sometido al régimen de propiedad horizontal pactado -elemento objetivo de división de la comunidad existente-. La adjudicación es el reconocimiento del derecho individual de cada socio sobre la vivienda, que resulta de la división de la comunidad existente, y de la representación ejercida por la Cooperativa frente a terceros, y es fruto de una autoconstrucción no material, dando lugar a la adquisición originaria del derecho de propiedad sobre cada uno de los pisos.

³¹² Como aspectos novedosos sobre la misma, la Ley de la CCAA de Valencia, en su art. 81.3, prevé que la transmisión del derecho a la adjudicación sólo podrá hacerse a favor de los aspirantes según el orden de antigüedad que tengan, distinguiendo la adjudicación en sí, del derecho a la misma. También la Ley 4/1999 de 30-3 de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, en el art. 114.6 se refiere al derecho de los socios a pedir la adjudicación de las viviendas, o causar baja en la Cooperativa en su defecto, si han concluido las obras y han sido recibidas, y los socios se encuentran al día de sus obligaciones. La Ley 2/1999 de 31-3 de Cooperativas de Andalucía, en el artículo 133.3, hace referencia a la transmisión de la propiedad de las viviendas, o la cesión de su uso con retención de la propiedad por la Cooperativa, mediante cualquier título admitido en Derecho, aunque no explica quien transmite, y porque se emplea ese término. No obstante, alude al término adjudicación a los socios en el párrafo siguiente, regulada por los Estatutos sociales. Creemos que ninguna de estas normas es completa ni útil para explicar el significado del término adjudicación, ni la adquisición de la propiedad de la vivienda por el socio.

Pueden coincidir o diferir en el tiempo el documento de adjudicación de los efectos de la misma. La adjudicación puede producirse en el momento de inscripción en la Cooperativa recogiendo en el mismo documento, en un momento posterior durante la construcción del edificio, o al final de ésta, una vez entregado el edificio –realmente en los casos en que el edificio no haya sido entregado, se tratará más bien de una reserva, reconocimiento formal (puede llamarse adjudicación formal)-. Al margen de cuando tenga lugar la adjudicación formal, los efectos de la misma requieren que la construcción sea efectiva, y el edificio haya sido entregado por el constructor, y que se haya realizado la reserva de las viviendas, ya que en este momento será efectiva la división de la comunidad en propiedad horizontal, por adjudicación de las mismas.

La mención de nuestras leyes a que *“la adjudicación o cesión podrá realizarse mediante cualquier título admitido en derecho”*³¹³ –artículo 89 LC (129 LGC) puede provocar confusión, por excesivamente genérica e imprecisa, al menos en lo que atañe a la propiedad de la vivienda. El término adjudicación no se refiere, exclusivamente, a la transmisión de la propiedad de la vivienda, adquirida por el socio. La adjudicación realizada por la Cooperativa es el reconocimiento de la propiedad del socio sobre la vivienda, reconocimiento con efectos inter partes, posteriormente recogido en escritura pública. El legislador debería diferenciar ambas circunstancias, la adjudicación al socio –privada y pública- y la adquisición de la propiedad de la vivienda. La propiedad, como derecho real, es susceptible de ser adquirida y transmitida, términos jurídicos exactos que hacen referencia a su pertenencia respecto de unos u otros sujetos. La adjudicación es el reconocimiento de dicha propiedad, como se deduce además del sentido literal del término según la Real Academia Española: *“declarar que una cosa corresponde a una*

³¹³ Incluida en 1978 por vía reglamentaria.

*persona, o conferírsela en satisfacción de algún derecho*³¹⁴". En puridad, no deben confundirse adjudicación y adquisición de la propiedad. Además, aunque lo parezca, no coinciden los sujetos entre los cuales tienen lugar ambas. La adjudicación es una declaración de la Cooperativa a favor de la propiedad del socio, como representante del mismo y del colectivo de socios, y como arbitrador de la división de la comunidad que actúa por y para los copropietarios –que en la inscripción admiten la división efectuada a través del acuerdo de la Asamblea General-; mientras que la adquisición de dicha propiedad tiene como sujetos principales a los socios copartícipes, y es fruto de la división de la comunidad sobre el edificio en Propiedad Horizontal. La adquisición de la propiedad se produce en el momento de entrega de la vivienda y reconocimiento o adjudicación en escritura pública, y será oponible erga omnes cuando se inscriba en el Registro de la Propiedad.

No obstante, una vez planteada esta salvedad, podrían admitirse varios significados del término “adjudicación”. Puede entenderse como expresión que resume el fundamento jurídico por el que el socio adquiere la propiedad de la vivienda –copropietario al que la Cooperativa reconoce, como arbitrador y representante, el derecho de propiedad sobre la vivienda-, pudiendo llegarse a definir como negocio jurídico de adjudicación independiente³¹⁵, resultado del acto debido al socio de cumplimiento de la obligación de

³¹⁴ Diccionario de la Lengua Española. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Madrid 1992, pág. 29.

³¹⁵ En una sentencia reciente, de 25-5-1998 (Ar. 4066), fundamentos cuarto y quinto, el TS, ante reclamación de cantidad de los socios a la Cooperativa, por contrato de permuta y préstamo hipotecario asumidos por ella sobre las viviendas, condena a aquéllos a pagar el préstamo asumido por subrogación en el negocio jurídico de adjudicación independiente: “... especialmente al tratar de las teorías acerca del pago, como “acto” o como “negocio jurídico”... independientemente de que esta adjudicación de los pisos pudiera ser el cumplimiento normal de lo estipulado y querido por las partes, lo cierto es que este negocio no ha sido impugnado por las partes en ningún momento, por lo cual es perfectamente válido y a él hemos de estar y pasar, por lo cual la cuestión se centra - punto clave de este proceso- en el valor de dicho negocio jurídico de adjudicación... cuando hablan de la interpretación de la escritura pública de adjudicación y dicen que si bien constituye un negocio jurídico con naturaleza jurídica propia, responde a posibilitar el cumplimiento de la contraprestación... el negocio jurídico de adjudicación documentado en escrituras públicas con la adjudicación de las viviendas y con subrogación en la cuota parte específica del préstamo hipotecario, fue aceptado libre y espontáneamente por los

actividad cooperativa. También se denomina adjudicación en sentido estricto al reconocimiento cooperativo. Desde un punto de vista amplio podría admitirse el término adjudicación para expresar, de forma genérica, la especial forma de adquisición de la propiedad de la vivienda por el socio cooperativo.

La adjudicación y entrega de las viviendas puede ser, en algún caso, el inicio de la extinción de la Cooperativa, y con ella la extinción de la relación representativa entre ésta y el socio, aunque no ello tiene porque ser así, pudiendo continuar la persona jurídica dedicada a la gestión de la conservación y administración de las viviendas o locales, a la gestión de otras actividades para sus socios o a la promoción de otras fases³¹⁶.

A diferencia de lo planteado respecto del supuesto cooperativo en nuestro ordenamiento jurídico, el italiano exige dos fases sucesivas para que se adquiera la propiedad de la vivienda, la primera de ellas similar a nuestra adjudicación. Estas fases son la asignación, manifestación de la voluntad cooperativa de consentir la “utilización” de la vivienda, y la individualización del préstamo. En nuestro ordenamiento jurídico la estipulación del préstamo individual, como cuota del general contratado por la Cooperativa, es requisito obligado por la división de la comunidad –obligación admitida respecto de la entidad financiera prestamista-, y la aplicación de las normas de ésta, pero no es elemento de adquisición de la propiedad, aunque si el socio no se subroga en él no será propietario de la vivienda. No obstante puede establecerse la esencialidad del mismo para la adquisición

actores, los cuales no hicieron ninguna objeción y tuvieron pleno conocimiento de la subrogación del préstamo hipotecario que asumieron plenamente y que han venido pagando, por lo cual se ha producido una novación de las condiciones principales.”

³¹⁶ Y ello pese a que algún legislador autonómico, insólitamente, no respete esta distinción: art. 120.3 de la Ley 5/1998 de 18-12 de Cooperativas de Galicia.

de la propiedad en los casos de las Cooperativas subvencionadas³¹⁷ o especialmente protegidas.

* Seguidamente, nos centraremos en el estudio de la asignación de la vivienda, según se refiere a ella el ordenamiento jurídico italiano. El TU de 1938 regula diversos aspectos de la misma, entre otros los siguientes. Se concreta el contenido y concepto de la asignación³¹⁸, y se establecen requisitos que deben cumplir los socios en ese momento, tanto los propios de la asignación³¹⁹ como los del art. 95, ya citado en relación a la inscripción. Se regula especialmente la contribución de los asignatarios a los gastos, generales, de administración o de conservación de las viviendas³²⁰. Cada socio sólo

³¹⁷ Art. 14, 24 del RD 3148/1978 de 10-11, art. 130 y 134 del D 2114/1968 de 24-7.

En las Cooperativas de viviendas de Protección Oficial, se contempla además la opción de "acceso diferido a la propiedad", que depende del pago total del precio. En el supuesto de la STS 10-12-1991, aunque el Tribunal entienda que es un contrato de naturaleza sui generis, en que la titularidad del comprador se produce cuando se pague totalmente el precio, ATAZ LÓPEZ recuerda la opción admitida por el propio Tribunal de garantía real a favor del vendedor, y admite su naturaleza de contrato sui generis, como posibilidad de financiación prevista para las VPO, aunque en el caso concreto (embargo de las viviendas por acreedor de la Cooperativa) estima que la justicia del caso concreto debería plantearse desde el levantamiento del velo, admitiendo que los socios eran *terceristas*, no *materiales* pero sí *formales*: ATAZ LÓPEZ, J: "Comentario a la STS de 10-12-1991", en C.C.J.C. núm. 28, pág. 123 y.

³¹⁸ Art. 98: "Los consejos de administración, desde que las viviendas son consideradas habitables, proceden a la **asignación** de las mismas a favor de socios **reservistas**, mediante **verbal consigna o entrega suscrita por el socio y un representante de la cooperativa delegado**, conteniendo, para cada vivienda, la precisa especificación, ubicación y consistencia de ella y los relativos accesorios y anejos. La consigna o entrega perfeccionada del citado modo confiere al socio todos las obligaciones y derechos de la Ley."

³¹⁹ Art. 30: "Los municipios, los institutos, no sólo las sociedades e instituciones públicas de asistencia y beneficencia, en el arrendamiento de casas populares - excluidas las renovaciones - deben dar preferencia a los de menos edad. En el caso de varios concurrentes en igualdad de condiciones, deben preferirse los casados con prole a los sin ella, y estos últimos a los solteros. El criterio preferencial demográfico se aplica, en igualdad de condiciones, también a las nuevos arrendamientos - excluidas las renovaciones - o atribuciones de casas económicas."

Art. 31: "No pueden ser **asignadas** en propiedad casas económicas y populares construidas con concurso o contribución del Estado:

a) A quien sea propietario en el mismo centro urbano de otra habitación que resulte adecuada a las necesidades de la propia familia. Se entiende adecuada la compuesta de un número de vanos, excluidos los accesorios, parejos a los miembros de la familia, con un mínimo de 3 y un máximo de 5.

b) A quien haya obtenido ya la asignación en propiedad de otra vivienda construida con concurso del Estado.

c) a quien esté ya incluido en la lista de atribución del impuesto complementario... por una renta superior a 150000.

Las mismas exclusiones se establecen para las personas cuyo cónyuge no separado legalmente se encuentre en las citadas condiciones."

³²⁰ Art. 67: "con el pago de la cuota mensual de amortización los **asignatarios** vienen obligados a responder mensualmente a la Cooperativa con el 4% de la misma cuota para constituir un fondo de mantenimiento... A los

puede ser asignatario de una vivienda, salvo excepciones³²¹. Se permite la conservación del derecho a la asignación en algún caso aunque se modifiquen los requisitos del trabajo³²², y la pérdida de éste en determinadas circunstancias³²³. La entrada de otro

efectos de la disposición contenida en el art. 68, las cooperativas deben tener, diferente para cada caso fabricado, la cuenta individual de los pagos realizados por cada asignatario...”

Art. 68: “el fondo del 4% es destinado exclusivamente a los gastos para mantenimiento ordinario y extraordinario de los elementos que a tenor del capítulo 2 del título VII son considerados comunes... Los gastos son imputados a los singulares **asignatarios** en proporción al costo de su vivienda y los privilegios del fondo se efectúan sin la oposición del ministerio reclamados por la cooperativa o por la casa de depósitos y préstamos. El eventual excedente no cubierto por el fondo será cubierto por los **interesados** en los modos y términos fijados por el Consejo de administración de la Cooperativa. Todos los otros gastos de administración relacionados con las viviendas singulares y sus accesorios son a cargo de los **asignatarios** respectivos. Producido el reparto de los gastos entre los asignatarios, los interesados pueden, en 30 días, reclamar al ministro de trabajo público. La imputación al fondo de mantenimiento no ha lugar cuando se trate de trabajos de reparaciones dependientes de un hecho del cual el asignatario deba responder.”

Art. 69: “Independientemente de la supervisión del ministerio de trabajo público, la casa de depósitos y préstamos vigila que la cooperativa provea la constitución de un fondo del art. 67. Cada **asignatario** debe efectuar a su cargo en la propia vivienda y accesorios las obras de mantenimiento cuya omisión pueda dañar a los otros asignatarios o pueda comprometer la conservación de la vivienda... El incumplimiento de la obligación de manutención puede dar lugar a la ejecución de oficio.”

³²¹ MERZ, S.; BUSON, MT.; CESCON, R.; LUCCHESI, MT.; MADONNA, R.; SCOCCA, V.; SGUOTI, P.: “*Manuale pratico delle società cooperative*” ... cit, pág. 531. Son los casos del art. 116, como plantea literalmente el último apartado del art. 98. Texto del artículo 116 en nota a pie 327.

³²² Art. 99: “Conservan el derecho de **asignación** de la vivienda los empleados civiles y militares los cuales, después de haber conseguido reserva válida, hayan pasado, en virtud de especiales disposiciones legislativas o reglamentarias, a la dependencia de entes autónomos, paraestatales, administraciones municipales o provinciales y sociedades concesionarias de servicios públicos, a condición de que en el acto de asignación estén en posesión de los otros requisitos.”

³²³ Entre otros, los casos de impago, por destitución, y en caso de especulación. Son los supuestos de los art. 103, 104 y 105. Art. 103: “...El Ministro de trabajo público, requerido por el ente mutuuario, puede previa notificación en término no inferior a un mes, pronunciar con su decreto la decadencia del derecho a la vivienda de aquellos socios **asignatarios** los cuales sean morosos durante al menos dos meses consecutivos en el pago de la cuota de amortización o bien de los accesorios. La misma facultad, previa notificación, compete hasta la estipulación del **contrato de préstamo individual**, al ministro de trabajo público, a propuesta del presidente de la cooperativa debidamente autorizado por el consejo de administración, en la hipótesis de que los socios asignatarios no hayan cumplido, en el modo y términos prescritos por la cooperativa el pago del pasivo social reconocido por el ministro mismo e independiente de la ampliación de las construcciones no financiadas o bien el pago de al menos dos meses consecutivos de gastos generales...”

Art. 104: “**Decae la asignación** de aquellos socios los cuales, antes del contrato de préstamo individual, hayan sido exonerados en base al RD..., a menos... consenso en la conservación del derecho a la vivienda.

El ministro para el trabajo público, tiene la facultad de declarar en cualquier tiempo, pero **antes de la estipulación del préstamo individual** y a todos los efectos de la decadencia de la **reserva o la asignación** de la vivienda construida con concurso o contribución del Estado a cargo de aquellos que sean destituidos con pérdida del derecho a pensión...”

Art. 105: “El ministro para el trabajo público, comprobado que los socios han cumplido o tentado de cumplir especulaciones sobre las viviendas sociales, pueden hasta la estipulación del contrato de préstamo individual, y previa contestación de la deuda, decretar la **decadencia de la reserva o de la asignación**...”

También decae el derecho de asignación de los socios administradores en algunos supuestos contemplados en el Art. 107: “Salvo la responsabilidad que deriva de las vigentes disposiciones el Ministro del trabajo público oída la comisión de vigilancia y **hasta la estipulación del contrato de préstamo individual** puede excluir del beneficio de la contribución estatal a los **administradores**.”

asignatario en lugar del primero, al margen de cual sea la causa que lo provoque, da lugar al reembolso al precedente³²⁴ y al traspaso de la propiedad a la Cooperativa -al igual que en los casos de inscripción y reserva, según el art. 110³²⁵ ya citado-. La asignación permite el alquiler o cesión de parte de la vivienda o la permuta con otros socios cooperativos³²⁶, pudiendo transmitirse mortis causa los derechos sobre la vivienda -según establece el artículo 116- sin que el heredero deba cumplir la condición de socio, por ser una sucesión de derechos que ya integran el patrimonio del socio difunto, al igual

a) que han procurado para si mismos o parientes y afines hasta el 4 grado, reservas o asignaciones ilegítimas.

b) Que por culpa o negligencia hayan provocado daño a la gestión social.

c) Que hayan dejado cumplir a los constructores, en las viviendas asignadas o en su fabricación y a cargo total o parcial del préstamo trabajos u obras no aprobadas.

El ministro para el trabajo público de acuerdo con el de finanzas, tiene la facultad de disponer que el socio excluido del beneficio de la contribución, preste, en la forma y términos establecidos por el ministro citado, las garantías que estos estimen necesarias en el interés del instituto que presta e impone también, si se da el caso, el pago total del costo de la vivienda cooperativa. Si no se prestan las garantías suplementarias citadas, o si se da el caso, no se provea el pago integral del costo de la vivienda, el ministro del trabajo público, requerido por el de finanzas, decretará la **decadencia de la asignación** a cargo del socio y ordenará la consiguiente liberación de del inmueble, en sentido y con los efectos del art. 66.”

³²⁴ Art. 109: “Cada cual que entra en la asignación de una vivienda disponible antes de la estipulación del contrato de préstamo por motivos diversos de los del art. 106 (motivos políticos, derogado), debe **reembolsar al precedente asignatario** en contra del cual se ha declarado la pérdida del derecho a la vivienda, exclusivamente la suma efectiva de lo que ha sido eventualmente pagado por la adquisición del terreno no sólo el costo, documentado, de trabajos y mejoras ejecutadas por el propio asignatario en la medida de la suma menor que resulte entre lo gastado y lo mejorado...”

³²⁵ Ver nota a pie 294.

³²⁶ Art. 111: “El **asignatario** de la vivienda de la Cooperativa prestataria de la casa de depósitos y préstamos en el caso de reposo, cambio de residencia, cambio de estado familiar, o por otros graves motivos, tiene facultad de alquilar en todo o parte la vivienda o de ceder su derecho a quien esté en posesión de los requisitos prescritos para convertirse en asignatario y pertenezca a las categorías del art. 91, siempre que no se oponga la Cooperativa y haya consenso de la Casa de depósitos y préstamos. El ministerio aprueba el contrato de alquiler o cesión, (controlando las condiciones, modos...), y si deniega la aprobación, el contrato es jurídicamente inexistente... El socio que utiliza la facultad de cesión no puede obtener otra vivienda cooperativa por asignación directa o cesión. Después de la estipulación del préstamo individual, se aplican las normas del título XII (propiedad horizontal).”
Art. 112: “Art. 112. Hasta la estipulación del contrato de préstamo individual el correspondiente pago de las viviendas, en alquiler en todo o parte según el art. 111, deben destinarse por la mitad de la parte excedente la cuota total o proporcional de amortización, a favor de la Cooperativa. Ésta, cuando sea necesario, cuida el pago con las normas sobre pago de la cuota de amortización y la devuelve al fondo para gastos generales. Cuando el arrendamiento se refiere a viviendas consignadas, pero no en amortización, el asignatario debe pagar el alquiler a la Cooperativa, que debe cuidar del pago a la casa de depósitos y préstamos para disminución del préstamo individual de los socios en cuotas proporcionales.”

Art. 113: “Los socios **reservistas y asignatarios**, también si pertenecen a cooperativas diversas, financiadas tanto por la casa de depósitos y préstamos como por la Administración ferroviaria tienen la facultad de permutar la vivienda reservada o asignada siempre que concurra la preventiva no oposición de la respectiva cooperativa y el consenso de la casa citada o de la Administración ferroviaria. Al ministerio de trabajo público le concierne en cada caso aprobar el contrato de permuta. Después de la estipulación del contrato de préstamo individual se aplican las normas del título XII.”

que ocurre en el caso de que la sucesión se produzca después de la estipulación del contrato de préstamo individual³²⁷.

La doctrina italiana se refiere ampliamente a la asignación de la vivienda al socio. En opinión de ROEHRSEN³²⁸ la asignación de la vivienda al socio se concreta en la consignación de la vivienda misma por parte de la Cooperativa y en la sucesiva ocupación –exigida por el TU³²⁹–, obligatoria bajo pena de pérdida del derecho del asignatario. A consecuencia de la asignación se crea un particular título para el socio respecto de la vivienda, derecho cuyo carácter es dudoso; de todos modos es cierto que éste no tiene todavía un derecho de propiedad. Con relación a la asignación de las viviendas populares construidas en régimen de Cooperativa, ROEHRSEN³³⁰ se inclina

³²⁷ Art. 116: “En las Cooperativas de propiedad individual con contribución estatal, al socio que muera después de la consigna de la vivienda del art. 98, le suceden sus herederos según el derecho común. Los herederos son obligados en firme respecto de la cooperativa y el instituto prestamista. Hasta que todas las viviendas del edificio no sean amortizadas o rescatadas, la casa tiene la facultad en el caso de herederos indivisos legítimos o por testamento, de pedir que sea designado un representante de los coherederos. Esta designación será hecha por el consejo de administración de la cooperativa en base a las indicaciones que los citados coherederos deben hacer en el plazo perentorio que será establecido por la casa. En caso de incumplimiento o desacuerdo de los coherederos, lo designará el consejo de administración de la cooperativa. Producida la división de la herencia, entra en todos los derechos y deberes del socio, aquel a quien se haya atribuido la vivienda.”

Art. 117: “Cuando varios herederos sean llamados a la sucesión de las casas populares o económicas, construidas por la cooperativa de propiedad individual pero no con contribución estatal, la misma es asignada a aquel de los coherederos que corresponda la cuota del débito poniéndose en cabeza de los otros. Si el pago integral es ofrecido por varios coherederos, se procede a extraer por sorteo para establecer cual debe ser el preferido.”

BASSI, A.: “*Commentario al Codice Civile*” ... cit, pág. 658.

³²⁸ ROEHRSEN, G.: “*Edilizia popolare de economica*” ... cit, pág. 345.

³²⁹ Art. 98: “...El socio está obligado a **ocupar** la vivienda asignada dentro de 30 días desde la fecha de la consigna verbal, bajo pena de decadencia de la asignación, salvo su recurso a la comisión de vigilancia.”

³³⁰ ROEHRSEN, G.: “*Edilizia popolare de economica*” ... cit, pág. 348-350: “El procedimiento de atribución de las viviendas populares termina con la asignación, la cual, como regla, esta formada no solo por uno sino por varios actos. Entre éstos es posible individualizar uno al cual se da un valor preeminente que puede asumir la denominación de asignación y que debe estar seguido de otro acto, que respecto del precedente se considera acto de ejecución o especificación. Este esquema, en virtud del cual la asignación consta de al menos dos actos, se encuentra tanto en el caso de viviendas construidas por sujetos públicos como privados, dejando a salvo las necesarias diferencias debidas a la diversa naturaleza de los actos.

* Por acto de asignación debíamos entender, por tanto, aquel del que desciende para el destinatario el título de utilización de la vivienda y, de éste derivan para el mismo destinatario derecho y deberes que se reconocen a tal utilización. En el caso de que el sujeto que procede a la atribución de la vivienda sea un **sujeto de derecho privado**, el acto de asignación viene dado, ciertamente, por un acto de derecho privado, que tiene carácter unilateral, salvo que después le sigue un acto bilateral, verdadero contrato, que sirve a dar a al asignatario el título último y definitivo para su derecho.

por la opinión predominante, y manifiesta que la atribución de la vivienda es fruto de un procedimiento formado por las fases indicadas, aspirante, socio y reserva, concluyendo con la asignación al socio. Dicha asignación, entendida en sentido amplio, estaría formada por dos actos sucesivos³³¹; el primero, no definitivo, la denominada asignación, acto unilateral con base en la manifestación de voluntad previa del socio, que consiste en consentir al asignatario una utilización de la vivienda; y el segundo, la asunción del contrato de préstamo a la construcción, acto bilateral que concluye el procedimiento y

Característico, a este propósito, es el **procedimiento para la atribución de las viviendas de las Cooperativas de construcción que se benefician de contribución estatal reguladas en el TU**, como se ha visto hay aquí dos actos sucesivos que consienten al socio utilizar, en modo diverso, la vivienda.

El primer acto es denominado por la propia legislación **acto de asignación**, mientras el segundo es más propiamente un contrato de préstamo de construcción individual. El primero consiente al asignatario una cierta utilización de la vivienda, cuya naturaleza es dudosa porque seguramente no comprende el derecho de propiedad; se trata de un acto unilateral, que surge de los órganos de la Cooperativa, también sobre la base de las precedentes manifestaciones de voluntad del socio (inscripción en la Cooperativa, elección de la vivienda...); esto no tiene carácter definitivo desde el punto de vista sustancial, en cuanto está destinado a transformarse y a dar vida a otra situación (la regla es que el derecho de propiedad se une con el contrato de préstamo de construcción individual; en cualquier caso si no se produce la asignación, se verifica la hipótesis de decadencia); pero tiene carácter decisivo en orden a la determinación del sujeto y de la vivienda, en cuanto, la transformación en propiedad se produce a favor del sujeto asignatario y no de otros.

El segundo acto es el que transforma la asignación en verdadero derecho de propiedad y se concreta en el dictado contrato de préstamo de construcción: es un verdadero negocio bilateral y constituye el acto verdaderamente concluyente del procedimiento, aquel que, en definitiva, ha dirigido todo el procedimiento del cual se habla. Pero es necesario también añadir, que, incluso desde este punto de vista, el contrato del que se habla, no obstante su gran relevancia, tiene un carácter ejecutivo respecto de la asignación: esta cristaliza el sujeto y en su fecha es necesario poseer los requisitos queridos por la Ley (todos los otros deben preexistir: ninguno debe poseerse en un momento sucesivo); posteriormente, para llegar a la estipulación del contrato es precisa una actividad de comprobación de la regularidad del procedimiento y de la asignación y la estipulación puede ser rechazada sólo si se encuentra alguna irregularidad. Obviamente ambos actos en cuestión están unidos con la actividad pública, para controlar la regularidad de las operaciones y evitar abusos, pero esto no sirve para modificar la naturaleza jurídica privada de tales actos. Se trata de una especial forma de alcanzar fines públicos a través de una actividad privada."

* En los casos de construcción por un **sujeto público** la opinión mayoritaria es favorable a considerar que el acto de asignación está formado por un acto administrativo, unilateral y un acto de derecho privado bilateral, que en caso de asignación en propiedad sería un contrato de compraventa, un negocio de derecho privado y en caso de uso un contrato de arrendamiento.

Posteriormente a la etapa final del procedimiento de adquisición de la vivienda en propiedad mediante la asignación y la constitución del préstamo sobre la construcción, es necesario añadir que la Ley exige la permanencia de la efectiva ocupación de la vivienda por el destinatario, con base en que se facilitó su derecho a vivienda en razón de que la necesitaba. Así, "la falta de ocupación o, lo que es lo mismo, el retraso en la ocupación son causas de decadencia de la asignación ya conseguida e impiden la asignación de otra vivienda popular... Aunque la asignación se haga en propiedad, no siempre esta implica inmediatamente la plena disponibilidad de la vivienda"; muchas veces, la Ley, con el fin de evitar la posibilidad de especulaciones, prohíbe al propietario la venta de la vivienda por un cierto número de años."

³³¹ También admitida por MERZ, S; BUSON, MT; CIESCON, R; LUCCHIESE, MT; MADONNA, R; SCOCCA, V; SGUOTTI, P: "Manuale pratico delle società cooperative" ... cit, pág. 565.

transforma la asignación en derecho de propiedad –préstamo que también se encuentra regulado en el TU³³²--. Aunque el procedimiento ha concluido, la Ley suele exigir que la vivienda sea ocupada en un plazo determinado y permanezca así para que no decaiga la asignación de la vivienda.

Según PERINI³³³, antes de la asignación el socio tiene un interés legítimo -interés legítimo en que se ha manifestado la inicial expectativa-. En los casos en que exista una fase de reserva, y puesto que en aquella se resuelve la elección de la vivienda respecto del socio, antes de la asignación el socio reservista es titular de un derecho subjetivo a la asignación, derecho subjetivo condicionado a su desarrollo mediante el procedimiento administrativo de asignación. La asignación de la vivienda precisa que el socio reservista cumpla los requisitos para ser asignatario, y conlleva el derecho a la entrega de la vivienda y a la estipulación del contrato de préstamo individual.

La perfección de la asignación de la vivienda al socio se produce por la voluntad verbal de entrega de la Cooperativa hacia el socio, siempre que previamente el socio cumpla los requisitos exigidos para ser asignatario de la vivienda, y que ésta sea habitable. La asignación no transmite la propiedad de la vivienda, siendo el socio poseedor y titular de un interés legítimo que irá evolucionando hacia un derecho de propiedad. Si la Cooperativa no cumple con su prestación respecto del socio asignatario, éste sólo tiene

³³² “Art. 229 : Con la estipulación del contrato de préstamo individual, el socio adquiere irrevocablemente la propiedad de la vivienda, del cual no puede decaer salvo en los casos de morosidad del art. 66 y 103”.

³³³ PERINI, M : “*Edilizia economica e popolare*” ... *cit.*, pág. 392-393, 397 a 400. “El objeto del derecho subjetivo condicionado es la entrega de la vivienda, mientras que el objeto del derecho del socio reservista es la emanación del acto de asignación.” “El derecho a la vivienda surge, en efecto, en el momento de asignación, no en el de reserva o en el de entrega de la vivienda”

un interés legítimo. La ocupación de la vivienda debe producirse en un plazo máximo - salvo casos de fuerza mayor-, para evitar que decaiga³³⁴ la asignación de la vivienda.

Como ya hemos dicho, en Italia la adquisición de la propiedad de la vivienda requiere además un último paso esencial, la individualización del préstamo aceptada por cada asignatario en la proporción que le corresponda en función de su vivienda, mediante la cual el socio adquiere la propiedad irrevocable de la vivienda -aunque no la plena o absoluta disponibilidad³³⁵ -.

El TU desarrolla algunos aspectos de la individualización del préstamo. Tras la asignación, entrega y ocupación de la vivienda, se procede a la estipulación del contrato de préstamo de construcción individual que produce la adquisición irrevocable -salvo mora o inexistencia de requisitos- de la propiedad de la vivienda³³⁶, individualización que tiene lugar entre la Cooperativa, el socio y la entidad prestamista³³⁷. Tras la

³³⁴ Se citan otros supuestos de decadencia: morosidad en el pago, ausencia de estipulación del préstamo de construcción individual, especulación, expulsión del socio. En este caso el socio asignatario decae en su derecho a adquirir la vivienda, que pasa a otro que reembolsará los gastos pagados por el primero. MERZ, S.; BUSON, MT.; CESCO, R.; LUCCHESI, MT.; MADONNA, R.; SCOCCA, V.; SGUOTTI, P.: *"Manuale pratico delle società cooperative"* ... cit, pág. 264 y ss.

Según SIMONETTO, la asignación de la vivienda conlleva un periodo en el que durante algunos años (10) la vivienda debe ser habitada por el asignatario, que no puede alquilarla ni venderla. Este autor indica que la primera asignación, precedente de la definitiva y sin condiciones, es asignación de una situación jurídica calificable como expectativa de hecho y no como propiedad, aunque la expectativa es susceptible de convertirse en propiedad. Es una asignación sin disponibilidad para vender el disfrute o la titularidad." Aunque se admita la transmisión de derechos al heredero aunque no sea socio, no ocurre lo mismo con los terceros, como indica SIMONETTO, E.: *"La Cooperativa"* ... cit, pág. 174. También otros opinan que "el socio asignatario goza de una posición de derecho subjetivo sólo después de la estipulación del contrato de asignación en propiedad y del contrato de préstamo individual, gozando primero sólo de un interés legítimo" CODICE CIVILE a cura di Pietro Rescigno, AG. (Arts. 2511 a 2554: Donatella DI COLA). Pág. 2691.

³³⁵ Pudiendo, por ejemplo, alquilarlo sólo previo control de la autoridad pública, según ROEHRSEN, G.: *"Edilizia popolare de economica"* ... cit, pág. 345.

³³⁶ Art. 229: "Con la estipulación del **contrato de préstamo individual**, el socio adquiere irrevocablemente la **propiedad de la vivienda**, de la cual no puede declararse su decadencia si no en los casos de morosidad del art. 66 y 103. Ellos pueden libremente gozar, incluso mediante arrendamiento, de la vivienda y sus accesorios, pero no podrán destinarla a un uso que perjudique a los otros propietarios. Si se verifica tal uso, se reclamará, por los otros propietarios o del consejo de administración de la cooperativa, a la comisión de vigilancia. En todo caso el contrato de alquiler de viviendas que no hayan sido total o parcialmente rescatadas, deben por espacio de 2 años desde la fecha del contrato de préstamo individual, comunicarse al ministerio que podrá oponerse."

³³⁷ Art. 139: "El **contrato de préstamo individual**, mediante el cual el socio asignatario adquiere, en el sentido del art. 229, la propiedad de la vivienda, viene estipulado, sin oposición del ministerio de trabajo y de conformidad

individualización del préstamo se permite la modificación de los vanos o habitaciones³³⁸; y también la venta³³⁹ de la propiedad de la vivienda, sometida a dos requisitos, sin los

con el informe resultante del perito revisor de la obra, mediante acto público, en el que interviene la cooperativa legalmente representada, el socio y la casa de depósitos y préstamos, observando las siguientes condiciones:

- a) que la atribución del valor de cada vivienda corresponda al resultante del reparto de los gastos aprobados.
- b) Que el reparto de la hipoteca de la casa para cada vivienda corresponda al valor citado.
- c) Que el socio asuma todas las obligaciones dependientes de las operaciones de préstamo ya concedidas a la Cooperativa y se sujete a todas las normas emanadas en materia de construcción popular y económica.

La cooperativa asigna al socio un término para la estipulación del contrato de préstamo, bajo la pena de decadencia de su derecho, salvo recurso de la comisión de vigilancia dentro de 30 días desde la comunicación, que la Cooperativa hace al socio mediante carta certificada. La cooperativa procederá a la asignación de la vivienda que queda disponible, después de que el procedimiento de decadencia sea definitivo, salvo en cada caso los derechos y razones contra el socio que incumple.

Art. 140. El reparto de la hipoteca de la casa de depósitos en el sentido del art. 139..., se produce en el mismo grado de reparto de la hipoteca."

³³⁸ Art. 102: "Cuando no existan exigencias técnicas y financieras y de cualquier modo hasta la estipulación u otorgamiento del contrato de préstamo construcción individual, puede el Ministro de trabajo público, en proceso no sujeto a ningún recurso o acción, disponer la reducción a un número menor de ambientes, de los apartamentos asignados o que van a serlo. En el ejercicio de tal facultad se debe tener en cuenta sólo las condiciones en las cuales el asignatario se encontraba en el momento de la asignación, prescindiendo de las modificaciones sucesivas. Los gastos por los correspondientes trabajos de adaptación van a cargo del socio que se beneficiará de la nueva distribución..."

³³⁹ Art. 141: "El socio propietario de la vivienda puede, en todo momento, o en sede de la estipulación del contrato de préstamo individual, **rescatar** su vivienda aportando un capital similar al valor actual de las anualidades todavía debidas calculado al interés del préstamo vigente. La casa de depósitos, puede consentir que el rescate, se produzca, a todos los efectos, incluso con el pago fraccionado en la medida y con la finalidad fijada, si el primer pago no es menor de un tercio y queden en firme para el crédito residual las garantías e intereses debidos. Con el contrato de rescate que conlleva la anticipada extinción del crédito o con procedimiento posterior, la casa de depósitos y préstamos está obligada a consentir la cancelación de la hipoteca que grava el inmueble."

Art. 143: "El socio que devenga propietario y los que tengan causa en él, que hayan pagado total o parcialmente el precio de rescate, pueden **libremente vender** la vivienda bajo la observancia de las disposiciones del art. 231, quedando firme en todo caso lo correspondiente del ente prestamista de contribución estatal concedido por el estado. El socio propietario, cuando se haya aprovechado de la facultad de rescate, no podrá obtener, por derecho propio, ninguna otra asignación de vivienda asistida de contribución o concurso del estado, de municipios o provincias."

Art. 144: "El socio propietario que haya efectuado el rescate de la vivienda y los que traigan causa de él están sujetos a las obligaciones de los art. 67 y ss."

En relación expresa al contrato de préstamo deben citarse los artículos 230 y ss: Art. 230: "El propietario, que **no haya rescatado** la vivienda según el art. 231 puede, en el caso de reposo, cambio de residencia, cambio de estado de familia u otros graves motivos, **vender** a quienes se encuentren en las condiciones y tengan los requisitos prescritos para ser asignatario, siempre que sobre el contrato estipulado entre las partes no exista oposición de la Cooperativa y consenso de la casa de depósitos y préstamos. La ejecución del contrato viene subordinada a la aprobación del ministerio... los sucesores del propietario pueden vender la vivienda subordinado a la observancia de la formalidad citada..."

Art. 231: "Cumplido el **rescate** con el pago total del precio el propietario adquiere la facultad de **vender** libremente y por cualquier título la vivienda y sus accesorios..." Art. 232: "La **venta** de la vivienda cooperativa conlleva la sustitución del adquirente en todas las obligaciones del vendedor, permaneciendo firmes las inscripciones hipotecarias en el grado originario de garantía de las mismas obligaciones. El vendedor, absueltas las obligaciones conexas con la venta, queda liberado." Art. 233: "La venta, la hipoteca, el embargo de un piso se extienden al derecho a la cuota de las partes comunes del edificio relativas a ese piso" Art. 234: "Las

cuales ésta sería nula: el rescate del préstamo con el pago del total -liberándose la hipoteca-, y el transcurso de 10 años desde la asignación -excepto en casos de fuerza mayor personal o familiar determinados por la Ley-³⁴⁰.

El préstamo “es un momento del contrato de cesión de la vivienda con el que la Cooperativa “asigna definitivamente”, es decir transfiere irrevocablemente al socio la propiedad de la vivienda, resolviéndose la estipulación del mutuo en una delegación de la cuota fraccionada del mutuo ya contratado por la Cooperativa... el acto de cesión crea una situación jurídica definitiva”³⁴¹.

En el momento en que se produce la asignación definitiva y la individualización del préstamo comienza a regir el régimen de Propiedad Horizontal sobre las viviendas, como así dispone el art. 201³⁴². Esta situación es similar a la que hemos estudiado en las Cooperativas de viviendas en nuestro país pero, a diferencia del nuestro, en Italia se regulan expresamente las especificidades del régimen de Propiedad Horizontal³⁴³

disposiciones de los art. 113, 232 y 233 se aplican incluso a la **permuta** de las viviendas que no hayan sido rescatadas con el pago total o parcial del precio...”

³⁴⁰ MERZ, S : BUSON, MT : CESCONE, R : LUCCHESI, MT : MADONNA, R : SCOCCA, V : SGUOTTI, P : “*Manuale pratico delle società cooperative*” ... cit, pág. 264 y ss. estudian este supuesto de venta. Según ROEHRSEN, G: “*Edilizia popolare de economica*” ... cit, pág. 345, en virtud de dicho rescate el propietario adquiere también la plena disponibilidad de la vivienda.

³⁴¹ Previamente a la estipulación de dicho préstamo se procede a efectuar el examen de la obra (por alguien designado por el Ministro de trabajo público) y al reparto de los gastos de construcción. En las Cooperativas de propiedad individual (prestación de cosa frente a las indivisas con prestación de obra), ROEHRSEN considera aplicable la regla de la inalienabilidad de los casos de propiedad indivisa, durante el período comprendido desde la asignación de la vivienda hasta la estipulación del contrato de préstamo individual (en el cual el destinatario de la vivienda adquiere su propiedad): ROEHRSEN, G: “*Edilizia popolare de economica*” ... cit, pág. 345.

También se añade a esta opinión BUQUICCHIO, M : “*Disciplina costituzionale della cooperazione. Le cooperative edilizie*”, CEDAM, Padova 1990. Pág. 79.

³⁴² Art. 201: “Las disposiciones contenidas en el presente título constituyen parte integrante del contrato de asignación definitiva de la vivienda cooperativa y del préstamo de construcción individual estipulado o que va a estipularse entre el socio, la cooperativa que pertenece a la casa de depósitos y préstamos. Las citadas disposiciones vinculan al propietario y a sus sucesores por cualquier título, incluso en caso de rescate. El vínculo dura hasta que las viviendas comprendidas en el mismo edificio no sean amortizadas o rescatadas.”

³⁴³ Art. 202: “Por edificio, a los efectos del presente título, se entienden aquel que, en observancia de lo dispuesto en el art. 204, da lugar a una propiedad horizontal. El costo de las viviendas, siempre a los efectos de las normas del presente título, corresponde al importe resultante del reparto definitivo de los gastos aprobados por el ministerio de trabajo público.”

aplicable, vigente hasta el rescate o amortización de todas las viviendas. En este caso la administración del régimen de Propiedad Horizontal corresponde a la Cooperativa, como disponen los artículos 202 y siguientes, que pese a todo se remiten supletoriamente a las disposiciones del Codice Civile³⁴⁴. En nuestro ordenamiento, por el carácter imperativo del régimen de Propiedad Horizontal, no es posible que la Cooperativa lo sustituya – carácter que asumimos plenamente-, aunque si puede ejercer algunas funciones de

Art. 204: “Todo edificio separado, si pertenece a varios propietarios, da lugar a propiedad horizontal. En el caso de varios edificios, reunidos en común y con un fabricante único, de los que sea posible distinguir las diversas partes como edificios autónomos, si la posibilidad de tal autonomía es reconocida, sentida por los propietarios, y por el ministerio de trabajo público de acuerdo con la casa de depósitos y préstamos, cada uno de los edificios o cada una de las citadas partes constituye una propiedad horizontal, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.”

Art. 205: “Entre los propietarios de cada edificio, constituyen propiedad común e indivisible: solar, jardín... excluidas las zonas asignadas en propiedad a los socios singulares. Art. 206. Propiedad común pero divisible: terrazas no destinadas a servicios comunes.”

Art. 209: “Los propietarios de cada edificio separado o distinto o que se reconozca como propiedad horizontal autónoma según el art. 204.2 deben, sin la oposición del ministerio de trabajo público, constituirse en **cooperativa** presente desde luego, con tal que el número de propietarios no sea menor de 3. El ministro de trabajo puede todavía determinar la constitución de la cooperativa en el sentido precedente, aún cuando uno o más asignatarios de viviendas del edificio no hayan estipulado el contrato de préstamo individual. Deben ser socios de cada cooperativa, todos los socios propietarios del edificio por el cual la cooperativa es constituida, cualquiera que sea el título en base al cual hayan adquirido la calidad de propietarios, salvo las disposiciones del art. 228 (los que pierden la calidad de socios pueden concurrir a asignación de viviendas disponibles por mora)... Producido el rescate de otro edificio considerado autónomo según la norma del art. 204, cesa entre los propietarios todo especial vínculo cooperativo derivado del presente título, pero permanecen firmes las obligaciones de conservación y gestión de los elementos comunes con los otros edificios cooperativos indicados en el art. 205...”

Art. 210: “Determinada la división de una cooperativa en los términos del art. 209, las cuestiones que surgen sobre el reparto del acto o pasivo o sobre el modo de uso y custodia de los elementos comunes indivisibles, se decidirán por la comisión de vigilancia sobre la construcción popular y económica.”

Art. 211: “Cuando por el escaso número de socios no sea posible asignar todos los cargos sociales, estos pueden ser cubiertos por extraños y preferiblemente por socios de cooperativa vecinas... Se aplican a las cooperativas formadas según las normas de los artículos precedentes las mismas disposiciones que regulan la cooperativa originaria, en cuanto sea compatible con el presente título.”

Art. 212: “El presidente de la cooperativa representa, a todos los efectos frente a terceros, a la propiedad horizontal.”

Art. 213: “Para cubrir los gastos de administración y gestión social, debe constituirse un fondo con contribución de todos los propietarios de la cooperativa. La medida del fondo y criterios de contribución de los propietarios, aprobada por el ministerio, se establecen en el reglamento especial de la cooperativa, art. 235.” Art. 218: “Las normas de los art. 67 y ss sobre mantenimiento, imputación y a cargo de quien son los gastos, son aplicables también **después de la estipulación del contrato de préstamo individual**, salvo lo dispuesto en el art. 219 y 220”. Art. 219: “El consejo de administración de la cooperativa no puede proveer gastos ordinarios o extraordinarios de elementos comunes si no con la previa deliberación de la asamblea de propietarios. (salvo por urgencia que pueden disponerse y luego ratificarse)”. Art. 222: “Cuando los gastos por trabajos de mantenimiento sobre el fondo previsto en el art. 67 superen la disponibilidad del mismo fondo, el excedente gravará al propietario interesado en proporción al costo de las respectivas viviendas.”

³⁴⁴ Art. 203: “Los derechos y obligaciones de los propietarios, en cuanto no esté previsto en las normas de este título y en el art. 235, vienen regulados en otras disposiciones del presente texto único y en las del Código civil.”

administración, y ocuparse de él, si la comunidad de propietarios lo acepta. El esquema ofrecido por el legislador italiano es interesante por ser similar a la visión que nosotros planteamos.

El concepto de adjudicación que nosotros proponemos no puede identificarse con la asignación e individualización del préstamo italianos. En nuestro ordenamiento el préstamo no tiene porqué ser condición esencial de la adquisición de la propiedad, y la adjudicación es un acto de reconocimiento de la Cooperativa respecto del derecho del socio a adquirir la propiedad de la vivienda. La visión italiana no es fácilmente aplicable, teniendo en cuenta además que la dualidad “asignación-préstamo” se refiere a las Cooperativas subvencionadas, y que las Cooperativas libres no precisan la asunción del préstamo para la adquisición de la propiedad, que es transmitida por la Cooperativa en el acto de asignación, como venta de cosa futura, por lo que muchas de estas normas no tienen aplicación en nuestro caso, que en este aspecto se identifica más con el supuesto de Cooperativas libres (fases de socio, reserva y asignación –aunque adoptan en muchos supuestos las reglas previstas para las subvencionadas). Sin embargo algunas de las cuestiones citadas se encuentran brevemente reguladas por nuestro legislador, como la imputación de gastos exigidos por la Cooperativa y el régimen de transmisión posterior de las viviendas. Sería interesante, respecto de la aplicación del régimen de Propiedad Horizontal, que la legislación cooperativa hiciera alguna referencia a esta cuestión, a la aplicación de este régimen desde el momento de adjudicación de las viviendas, aunque después se remita a la regulación de la Propiedad Horizontal.

La adjudicación debe ser considerada como fase o momento esencial de la vida cooperativa en la relación entre la Cooperativa y el socio, tanto asociativa como representativa, con efectos frente a terceros. Influye también en la comunidad sobre la

masa de gestión económica, cuya división es efectiva desde la adjudicación. El socio reservista logra el desarrollo y ejecución de su derecho, la adjudicación de la vivienda, el reconocimiento de la propiedad de la misma por la Cooperativa, que otorgada en escritura pública y unida a su entrega transfiere el derecho sobre la vivienda.

Ello sin excluir la posibilidad de calificar genéricamente como adjudicación a todo el proceso de adquisición de la propiedad de la vivienda –negocio jurídico–, que sería denominado de esta forma: adjudicación de la vivienda.

6. ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD: PROPIETARIO.

En nuestro derecho, la adquisición de la propiedad de la vivienda cooperativa precisa del fundamento jurídico complejo expresado: copropiedad dividida, individualizada y adjudicada a cada socio -entendiendo la adjudicación como negocio jurídico que reúne y resume lo anterior-; y la propia entrega (generalmente mediante la adjudicación en documento público coincidente con la entrega de llaves) como elementos necesarios para que sea efectiva.

III. Conclusiones.

La dualidad Cooperativa-comunidad, admisible y aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, se concibe como aspecto esencial, en materia de propiedad de las viviendas cooperativas, para explicar la relación jurídica entre la Cooperativa y el socio. La comunidad de socios sobre la “masa de gestión económica”, conexas y coligadas a la Cooperativa, da lugar, mediante su división, a la propiedad individual de cada socio sobre la vivienda correspondiente. La existencia de dicha comunidad, que afecta esencialmente a la propiedad de lo aportado sobre las viviendas, constituye un aspecto más de la complejidad del supuesto analizado, que se añade a otros vistos, de

organización, representación... Su contenido y efectos han sido estudiados en el presente capítulo, en el apartado primero, y esquematizados en las conclusiones del mismo –que omitimos para evitar reiteraciones-.

Una vez planteada y admitida la especial relación entre la Cooperativa y el socio, deben distinguirse necesariamente, al menos en el plano teórico, e inherentes a ella, diversos momentos o fases en la vida cooperativa, tanto en la relación interna entre la Cooperativa y el socio, individualmente o en comunidad, como en sus efectos frente a terceros.

Nos encontramos ante una fase precooperativa voluntaria, la de aspirante o socio expectante, que todavía no es socio. La figura del aspirante interesa a los efectos de su condición, su inclusión en el elenco o lista correspondiente, la asignación de un número de orden y su consideración en materia de transmisión de los derechos sobre la vivienda, inter vivos o mortis causa, voluntaria u obligatoriamente, durante la construcción o después de la adjudicación de las viviendas. Además, es preciso calificar y resolver sus situación de simple esperanza de hecho, expectativa de derecho, o interés legítimo respecto de la condición de socio.

La inscripción como socio abre el abanico de relaciones entre la Cooperativa y el socio, como fase cooperativa inicial y esencial. El sujeto se convierte en socio y representado frente a terceros por la cooperativa, e ingresa en la comunidad sobre “la masa de gestión económica”, la comunidad de edificación, correspondiéndole una cuota de ella, ideal, sin concreción. El socio ostenta el derecho social y el deber recíproco a la participación en la actividad cooperativa. Su situación respecto del derecho a la vivienda concreta es de expectativa de derecho y con titularidad eventual; el socio inscrito tiene derecho a la reserva o concreción de la vivienda por división de la comunidad en la que ingresa.

La reserva o individualización de la vivienda es una fase interna en la relación entre la Cooperativa y los socios reunidos en comunidad, sin efectos frente a terceros. La individualización es el elemento subjetivo de la división de la comunidad en Propiedad Horizontal de hecho, y derecho si el edificio existe, ha sido transmitido, y está formado por las viviendas identificables. En el momento de reserva se produce la condición o eventualidad necesaria para que el derecho de cada socio se convierta en definitivo. La razón de la concreción la encontramos en la división de la comunidad, puesto que la relación asociativa y representativa entre la Cooperativa y el socio continúa siendo la misma. Desde la reserva el socio tiene derecho a que se le adjudique la vivienda concreta, como concreción de su derecho genérico a la vivienda, puesto que tiene título para ello, ya no eventual ni expectante como en el caso de mera inscripción. Quizá podría afirmarse que, en nuestro ordenamiento, la reserva, elemento difícil de distinguir de la propia adjudicación –que podría identificarse con la adjudicación formal o reconocimiento privado-, es suficiente para considerar que el socio tiene ya derecho a la vivienda concreta que le será adjudicada, aunque para ello es preciso que exista y haya sido entregada.

La adjudicación es el reconocimiento de la Cooperativa de la propiedad del socio sobre la vivienda que, en escritura pública, junto a la entrega transfiere la propiedad de la vivienda a aquél. La adjudicación exige como requisitos que se haya realizado la reserva o individualización, y que el edificio exista y haya sido transmitido. Desde la adjudicación el socio tiene derecho a la propiedad de su vivienda, propiedad existente y diferenciada respecto de los demás socios, que será efectiva cuando se proceda a su entrega.

La distinción de las fases cooperativas analizadas precisa su aceptación nominal por el legislador y necesariamente un desarrollo doctrinal adecuado, especialmente desde el

punto de vista del Derecho civil. No es preciso que el legislador estatal se ocupe de muchas de las cuestiones internas que afectan a la adquisición de la propiedad, porque es materia civil ya regulada. Sólo escuetamente deben permitirse ciertas menciones en las Leyes cooperativas, en algún caso como el aspirante, el socio y su inscripción, y la clarificación del significado de la adjudicación.

Hasta el momento hemos estudiado la relación jurídica entre la Cooperativa y el socio desde el supuesto práctico de construcción y gestión por un tercero, y las conclusiones extraídas pueden aplicarse también a los supuestos de gestión y construcción propias, en los que la Cooperativa asume dichas funciones sin acudir a terceros.

Concluimos afirmando que la relación jurídica entre la Cooperativa de viviendas y el socio no es única sino compleja, formada por diversos aspectos. Se han analizado todos ellos, siempre dentro del supuesto de adquisición por el socio de la propiedad de la vivienda: asociativo, representativo, y de organización y formación de la voluntad interna de los socios, excluyendo hipótesis distintas, admitidas por otros ordenamientos jurídicos. Hemos visto que todos estos aspectos afectan principalmente a la relación interna entre la Cooperativa y el socio, pero repercuten también en la relación con terceros.

Quedan pendientes de ser esbozadas, de forma no tan exhaustiva, las relaciones de la Cooperativa y los socios con los terceros, constructor, arquitectos, propietario del solar, entidades financieras y empresas gestoras, cuya actuación es necesaria para la adquisición de la propiedad de la vivienda por el socio en los casos, actualmente mayoritarios en la práctica, en que se acuda a ellos.

CAPÍTULO V. RELACIONES JURÍDICAS DE LA COOPERATIVA Y LOS SOCIOS CON TERCEROS.

Introducción.

Una vez planteada y analizada la cuestión básica y nuclear de la tesis, la compleja relación entre la Cooperativa de viviendas y el socio –individualmente o en comunidad-, y los diferentes momentos o fases por los que ésta atraviesa, nos centramos en la relación con terceros ajenos a la Cooperativa, que contribuyen a su actividad por lo que son contratados, o incluso en algún caso excepcional -e ilógico por la propia esencia cooperativa- por los propios socios. A ellos nos hemos referido durante toda la tesis, empresa gestora, constructora, financiación, arquitectos, propietarios del solar... Vamos a ocuparnos principalmente de las empresas gestoras de Cooperativas de viviendas, por ser un fenómeno en auge del que se dice que carece de regulación y no ha sido objeto de análisis específico. Sobre el resto de intervinientes, terceros, en la actividad cooperativa de promoción y construcción de viviendas, plantearemos inicialmente algunas reflexiones esenciales, aunque no se realizará un estudio exhaustivo de los mismos puesto que este podría, por su amplitud, ser un trabajo de investigación en sí mismo. Además, la mayor parte de sus notas coinciden con las de cualquier actividad de promoción, construcción y adquisición de viviendas. Nos referimos a las cuestiones que pueden ser objeto de regulación en las normas cooperativas, por ser específicas del sector, tanto si la LC las contempla como si no, precisando además aquellas que pueden remitirse a otras normas.

I. Relación jurídica de la Cooperativa con el constructor y los arquitectos.

1. Constructor.

Como hemos observado a lo largo de toda la tesis, la construcción de las viviendas, inicialmente y en origen realizada por los cooperativistas, o contratada por ellos con terceros, se ha convertido en objeto y finalidad, en la actualidad, de empresas constructoras dedicadas a dicha actividad -al menos este es el supuesto al que nos hemos referido en la tesis como principal-. El constructor asume la construcción de las viviendas en base a un contrato de obra celebrado con la Cooperativa -aunque en algún caso y de forma dudosamente lícita la empresa gestora sea quien contrate la construcción, en los más simplemente ejerce funciones de búsqueda y mediación-. El contrato de obra despliega su eficacia entre la Cooperativa, dueña de la obra, y el constructor de la misma o contratista, a pesar de que la primera actúa como representante de los socios¹, últimos afectados por aquél. En las relaciones entre la Cooperativa, el constructor y los socios se observa la eficacia de la representación en nombre propio realizada por la Cooperativa, cuyos efectos han sido analizados convenientemente al hilo de la teoría de la representación. El contrato de obra implica una prestación de hacer y dar a cargo del constructor, con la consiguiente contraprestación económica de la Cooperativa en orden a lograr el resultado pactado, la construcción del edificio², que revertirá sobre los socios. Por supuesto el solar no

¹ CARRASCO PERIERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; GONZÁLEZ CARRASCO, C.: *"Derecho de la construcción y la vivienda"*. DILEX, Madrid 1997, pág. 108. Se admite que el comitente no sea dueño del suelo, como ocurre si es mandatario o si existe una representación. En este caso, aunque la relación de obra tiene lugar entre el comitente y el constructor, este último puede reclamar a los adjudicatarios de viviendas, beneficiarios en último término de ellas.

² TORRES LANA, JA.: *"Comentarios al Código Civil"*: art.1583 y ss, tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1171 y ss. LUCAS FERNÁNDEZ, F.: *"Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales"*: art. 1544, tomo XX, vol. 1A°. Edersa, Madrid 1997, pág. 207. En páginas siguientes plantea la existencia de diversas relaciones entre los mismos sujetos, de mandato, prestación de servicios y realización de obra, según las características de cada prestación pactada. En pág. 220 distingue el contrato de obra por la persecución de un resultado.

pertenece al constructor contratista, ya que de ser así nos encontraríamos ante otro supuesto³. Tampoco se trata de un arrendamiento de servicios, ya que existe una independencia del contratista respecto del dueño de la obra, aunque se encuentre sujeto a sus instrucciones, y el contrato se dirige a obtener una prestación específica y no genérica, que determina su duración, con obligación de obtener el resultado pactado, la entrega de la obra ejecutada y no una simple actividad⁴. Así mismo, no se trata de una compraventa⁵. La relación de los socios cooperativistas con los terceros se enmarca dentro del contrato de obra en base a que se encarga al tercero la construcción de inmuebles, no fungibles, en determinado lugar –en terreno del dueño de la obra- y según unas características determinadas en el contrato, y el cumplimiento del tercero consiste en la construcción y entrega de esos inmuebles concretos y no otros. También pueden aplicarse los criterios del TS sobre la distinción entre la compraventa y el

³ Puede decirse que es un contrato de obra, porque el constructor no es propietario del solar, su trabajo es lo más importante y la iniciativa no le corresponde, actuando por encargo: TORRES IANA, JA: “*Comentarios al Código Civil*”, art.1583 y ss. tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1179.

⁴ TORRES IANA, JA: “*Comentarios al Código Civil*”, art.1583 y ss. tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1181. Aunque este autor matiza que los criterios ofrecidos no son suficientes para distinguir el contrato de obra del de servicios, la concurrencia de todos ellos es significativa de que se trata de uno u otro. En el caso del constructor del edificio de viviendas cooperativas pueden observarse todas esas características, y claramente se deduce que nos encontramos ante un contrato de obra en la mayoría de los supuestos. ALBALADEJO, M: “*Derecho Civil II*”, Vol. 2º, Bosch, Barcelona 1997, pág. 279: Dicho arrendamiento es de obra, no de servicio porque “*se promete una obligación de resultado - la obra hecha- con independencia del trabajo*”.

⁵ Arrendamiento de obra y no compraventa. Aplicando los criterios de distinción entre el contrato de obra y la compraventa, aportados por Lucas Fernández, y aplicándolos a las Cooperativas de viviendas podemos decir que se trata de un contrato de obra puesto que el objeto es la elaboración de un bien inmueble específico que se fabricará (compraventa: objeto es la transmisión de un bien fungible fabricado). LUCAS FERNÁNDEZ, F.: “*Comentarios al Código Civil*”: dirigidos por M. ALBALADEJO, art. 1588 y ss. tomo XX, vol. 2º. Edersa, Madrid 1986, pág. 184. Recoge criterios de distinción de Santos Briz en obra que cita: “*El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*” en RDP 1972.

Teniendo en cuenta los criterios aportados por Salvador Coderch, y la necesidad de analizar cada uno de ellos y su posible aplicación a las Cooperativas, podemos afirmar lo siguiente: el suelo es del comitente (obra, aunque en nuestro derecho es indiferente) y los materiales pueden ser adquiridos por el contratista a cualquiera (obra, aunque tampoco es criterio básico - art. 1588 CC), se trata de una cosa no fungible (solar determinado, ubicación, viviendas y zona también) pero indeterminada (su determinación se produce sin necesidad de nuevo pacto entre las partes), en principio prevalece el valor del trabajo sobre el material (de no ser así se habría adquirido un inmueble determinado y construido), la relación surge por un encargo del comitente al contratista y no por iniciativa de este último (obra). Aunque ninguno de los anteriores criterios puede servir individualmente para afirmar que se trata de un contrato de obra, si son indicios que demuestran que es éste y no una compraventa. SALVADOR CODERCH, P: “*Comentarios al Código Civil*”, art. 1588 y ss., tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pág. 1178.

arrendamiento, que mantiene que en el arrendamiento de obra es esencial la actividad dirigida a un resultado⁶. Frecuentemente llegan a los Tribunales litigios que afectan al contrato de obra, a la condición del constructor y sus responsabilidades tanto contractuales como por ruina, así como a las obligaciones de la Cooperativa⁷. La gran mayoría de asuntos que el Tribunal Supremo ha conocido en materia de Cooperativas de viviendas se refieren a cuestiones relacionadas con el contrato de obra y su incumplimiento por cualquiera de las partes, dueña de obra –representados- y contratista.

Centrados en esta relación jurídica con el constructor, debe admitirse la aplicación supletoria de las normas del arrendamiento de obra a la relación entre la cooperativa y el tercero, por lo que en defecto de las normas cooperativas específicas se acudirá a las normas del contrato de obra del CC -completadas en lo que sea posible con el contrato de obra administrativo, y otros contratos análogos como compraventa, arrendamiento de servicios y mandato-, y las normas generales sobre obligaciones y contratos. Este es un criterio determinado por la jurisprudencia, que ha elaborado e interpretado la mayor parte de los principios que se aplican hoy al arrendamiento de obra, y ha sido admitido doctrinalmente por la mayoría de los autores⁸. Nos estamos refiriendo al cumplimiento del contrato de obra, el contenido o prestaciones exigidas en el mismo, duración, la responsabilidad por incumplimiento...; y además, a que los pactos entre las partes,

⁶ STS 7-7-1982 (Ar 4220), considerando segundo. *“La actividad no era la de adquirir los materiales, sino la de recibir la instalación misma y con ella hacer funcionar la industria... no entrega de las cosas supuestamente compradas sino la terminación de la instalación y su puesta a punto para el funcionamiento de los aparatos”*. STS 22-2-1997 (Ar. 1189), fundamento de derecho cuarto: *“... pues caracterizado el contrato de arrendamiento de obra por una obligación de resultado que asume el arrendador, a cambio del cual la otra parte se obliga a pagar un precio...”*. Además de éstas pueden citarse las que la doctrina esgrime, como las de 7-3-1984 (Ar. 1203) y 4-2-1988 (Ar. 703).

⁷ Nos referimos al incumplimiento del constructor o de la Cooperativa, analizado en las notas 202, 203 y 204, y 207 (referida a la demanda ejercitada por la comunidad de propietarios) del capítulo 3.

⁸ En especial SALVADOR CODERCH, P: *“Comentarios al Código Civil”*: art. 1588 y ss., tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pág. 1176 y ss.

válidos y lícitos aisladamente podrían verse afectados por criterios de igualdad y equivalencia de las prestaciones del contrato en general, en defecto de las normas dispositivas del CC, lo que es deducible de las normas de obligaciones y contratos aplicables al contrato de obra, que impiden que las prestaciones puedan modificarse o determinarse por voluntad de una de las partes.

Los problemas que surjan en esta relación de obra entre la Cooperativa⁹ y el constructor deben ser resueltos entre ambos, sin que los socios puedan intervenir, salvo frente al tercero constructor, como adquirentes de las viviendas, en los casos de ruina probada de su vivienda, como asuntos propios del representado cuya existencia es puesta en conocimiento de terceros.

También es destacable la intervención de constructores, solapadamente, en la gestión y promoción cooperativa, que puede dar lugar a conductas parejas o similares a las de las empresas gestoras de Cooperativas como promotores e intervinientes en la gestión cooperativa.

En aquellos casos en que la Cooperativa asume la función de construcción, no material -puesto que este sería un caso de Cooperativa de trabajo asociado y no de viviendas-, contratando los trabajos ad hoc con terceros¹⁰, las relaciones jurídicas analizadas no varían apenas, la Cooperativa asume la función y responsabilidad del constructor,

⁹ Dentro de la legitimación activa ante la ruina del edificio, este mismo autor admite que está legitimada la Cooperativa, citando sentencias del TS que expresan "*la legitimación activa de la cooperativa vendedora que conserva un interés pues no había vendido todos los pisos construidos, pero una Cooperativa no es promotora mercantil*". SALVADOR CODERCH. P. "Comentarios al Código Civil", art. 1588 y ss., tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pág. 1193. STS 14-4-1983 (Ar. 2112), considerando tercero.

Aunque respecto a la legitimación activa del promotor se dice que la jurisprudencia no distingue el que compra los edificios construidos y los comercializa del que organiza y construye; como "*en el caso de las meras cooperativas que no gozan de la condición de empresario*." SALVADOR CODERCH. P. "Comentarios al Código Civil", art. 1588 y ss., tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pág. 1195. STS 9-6-1989 (Ar. 4414), fundamentos de derecho quinto.

pudiendo ser considerada incluso como promotor-constructor. En algún caso también la empresa gestora puede estar vinculada con la actividad de construcción, si la asume, aunque si es así deberá plantearse si no se trata de un supuesto de promoción inmobiliaria en que la gestora debe considerarse promotor-constructor –estos casos serán los menos porque a las empresas gestoras no les interesa asumir esta responsabilidad-.

En otros ordenamientos se admite también el encargo de la construcción de las viviendas a un tercero, mediante el contrato de obra celebrado entre la Cooperativa y el constructor. Así lo entienden en Italia la doctrina¹¹ y la jurisprudencia¹² que se refieren

¹⁰ En este caso también surgen relaciones jurídicas no sólo con los terceros con los que se subcontratan distintos trabajos, sino con los suministradores de materiales. En relación al suministro, también ha llegado algún caso ante el TS (citados en nota a pie 242 del capítulo 3).

¹¹ BASSI se centra en varios tipos de Cooperativas, y en concreto en las de construcción. En ellas distingue el ejercicio de la actividad de construcción por la propia Cooperativa, de la construcción encargada a un tercero, pero en ambos casos se muestra favorable a la consideración de la Cooperativa como empresa, por su estructura societaria y por la compleja actividad que desarrolla para sus socios (incluso habla de empresa comercial o mercantil). Es interesante advertir que la doctrina italiana se plantea la cuestión relativa a la naturaleza empresarial distinguiendo según las clases de Cooperativas, y dentro de las de construcción de viviendas, también tiene en cuenta quien sea el encargado de la construcción: BASSI, A: *“Commentario al Codice Civile”* diretto da Piero Schlesinger. Arts. 2511 a 2548 : Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici. Giuffrè editore, Milano 1988. Pág. 160 y ss: “Para las Cooperativas de construcción se ha afirmado repetidamente, que si ejercitan directamente o en economía la construcción de las viviendas para los socios sería una verdadera empresa (y naturalmente empresa comercial...) Si se arrienda la actividad a constructor no adquiriría la calificación de empresa (y menos de empresa comercial). No sólo se duda del recurso de tal calificación bajo el perfil de la mutualidad como destino a los socios de los bienes y servicios... sino que se niega la calificación bajo el perfil de la falta del requisito de la profesionalidad de la actividad desarrollada por la sociedad; esto como continuidad y habitualidad... Todavía, no obstante esta distinción, es preferible adoptar la tesis, hecha propia por una parte de la jurisprudencia según la cual la Cooperativa de construcción, también cuando realiza el objeto social por medio de arrendamiento a tercero es siempre empresa, y empresa comercial. Tal calificación deriva de la estructura societaria adoptada... es necesario no dejarse llevar todavía..., omitiendo tener en consideración toda la compleja actividad que la Cooperativa de construcción desarrolla para sus socios. Una valoración compleja del ciclo económico, en términos de actividad, a través del cual se realiza el programa social, que no se limite a la sobrevaloración de un momento singular, o de un acto singular de este, lleva inevitablemente al reconocimiento de la naturaleza francamente empresarial y comercial de la actividad tomada en consideración.”

Recoge esquemáticamente la realidad del contrato de “appalto” en Italia: ALONSO PÉREZ, MT: “Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos”. Bosch, Barcelona 1997, pág. 100.

ROEHRSEN, G: “Edilizia popolare de economica”. Enciclopedia del Diritto vol. XIV. AG, Giuffrè editore, 1965. Pág. 341. . ROEHRSEN hace referencia también a los sujetos que pueden construir casas populares: éstos pueden ser de derecho privado o público. La regla general para los de derecho privado, como las Cooperativas, es que quedan sometidos a las normas de derecho privado; regla que presenta excepciones, en ocasiones muy amplias, como la concesión de subvenciones por el Estado u otras formas de intervención, en cuyo caso se aplican normas públicas que generalmente establecen el control público de la actuación del ente privado (proyecto, préstamo, construcción...).

al contrato de “appalto”, regulado en general en el artículo 1655 del Codice Civile, aunque con relación a las Cooperativas el legislador no se pronuncie.

El legislador francés¹³ se ocupa también de quien construye las viviendas -sujetos, actuación, responsabilidad-, y de quien gestiona la construcción, calificándose de promotor en muchos supuestos como hemos tenido ocasión de comprobar.

Las cuestiones que se plantean en la relación jurídica de construcción propia o por un tercero son muy interesantes, y podrían dar lugar a un estudio amplio, profundo y exhaustivo, e independiente de la presente tesis. Por razones obvias no podemos entrar en dicho análisis de forma más detallada, puesto que podría ser objeto de otro trabajo de investigación similar al que presentamos.

2. Arquitectos y técnicos.

En idéntica situación a la anterior se encuentran otros sujetos relacionados jurídicamente con la Cooperativa de viviendas. Debe prestarse especial atención al contrato de servicios u obra¹⁴ que celebran los arquitectos y aparejadores con la

¹² En relación al contrato de obra “appalto” celebrado entre el constructor y la Cooperativa (se supone posterior a la inscripción de los socios), la justicia italiana entiende que la obligación de pago es exclusiva de la Cooperativa (el pago indebido recae sobre su patrimonio social), que no puede ser sustituida por el asignatario, porque no existe relación entre el contrato (compraventa) celebrado entre la Cooperativa y el constructor y el préstamo entre el asignatario y los prestamistas. Posteriormente, mediante un perito, se procederá al reparto del costo de la construcción entre los asignatarios, en base a criterios técnicos discrecionales: RINAUDO, A.: “*Le società cooperative*”, AG, Giuffrè editore, Milano 1982. Pág. 863 y ss.

¹³ En este sentido, al legislador francés no le preocupa considerar a las Cooperativas como constructores, puesto que lo que le interesa en ellas es clarificar su gestión interna o en manos de terceros. La construcción puede encargarse a un tercero mediante el contrato de “enterprise” - ALONSO PÉREZ, MT: “*Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*”... cit, pág. 101-, o mediante el contrato de promoción que además contiene un mandato (contrato que se aplica al margen de que construya el promotor o encargue la construcción material a un tercero).

¹⁴ ALONSO PÉREZ, MT: “*Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*” ... cit, pág. 150. La relación será de obra en los casos de contrato completo, por el cual el profesional se compromete a “desenvolver todas las fases del trabajo de edificación y que son fundamentalmente el estudio previo, el anteproyecto, el proyecto básico, el de ejecución, la dirección de obra y la liquidación y recepción de la obra.” Hay autores que estiman que la relación entablada con el arquitecto es un contrato de servicios y no de obra. La autora mantiene que son relaciones de mandato. DEL ARCO TORRES, MA Y PONS GONZÁLEZ, M: “*Derecho de la construcción. Aspectos administrativos, civiles y penales*”. Comares, Granada 1993, pág. 142 y ss. se refieren a la relación entre el arquitecto y el cliente como un contrato de obra, de servicios, mixto, sin admitir que se trate de una relación laboral o de mandato.

Cooperativa para la redacción y ejecución del proyecto de construcción de las viviendas, que puede ser más o menos amplio en cada caso. Los contratos celebrados con los técnicos pueden ser fruto a su vez de la actividad de mediación de la empresa gestora de la Cooperativa, que suele respetar la posición jurídica de la Cooperativa contratante y la representación de la misma -presidente del Consejo Rector-, aunque puede no ser así. Arquitectos y aparejadores también son llamados y demandados en múltiples litigios¹⁵ en que las viviendas cooperativas se han visto afectadas por ruina, o incluso en casos de incumplimiento contractual, en condiciones y circunstancias muy similares a las reclamaciones ejercitadas frente al constructor, y a las que se producen en otros supuestos de construcción y venta de viviendas. Generalmente responden de forma solidaria¹⁶ junto con la empresa constructora, por la imposibilidad de depurar responsabilidades entre ambos. Tampoco podemos centrarnos en dichas relaciones jurídicas, que han sido objeto de estudios específicos por la doctrina, y que podrían serlo con relación a las Cooperativas de viviendas, como otra posible tesis o trabajo de investigación específico.

CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; GONZÁLEZ CARRASCO, C.: *"Derecho de la construcción y la vivienda"*... cit, pág. 107. Estiman que es contrato de obra aquel por el que el arquitecto se obliga a elaborar un proyecto de edificación, mientras que es de servicios cuando éste se obliga a prestar su actividad en la dirección técnica de la obra.

¹⁵ Entre otras muchas: STS. 14-4-1983 (Ar. 2112), 11-4-1987 (JC. 229), 15-7-1988 (Ar. 5720), 29-1-1988 (Ar. 203), 14-7-1988 (Ar. 5691), 17-5-1988 (Ar. 4312), 20-2-1989 (Ar. 1212), 11-5-1989 (Ar. 3757), 7-11-1989 (Ar. 7857), 17-2-1990 (Ar. 693), 6-3-1990 (Ar. 1672), 17-7-1990 (Ar. 5890), 8-10-1990 (Ar. 7585), 24-9-1991 (Ar. 6279), 1-10-1991 (Ar. 7254), 1-10-1991 (Ar. 7155), 29-11-1991 (Ar. 8575), 8-6-1992 (Ar. 5168), 5-2-1993 (Ar. 829), 28-4-1993 (Ar. 2953), 22-9-1994 (Ar. 6982), 25-10-1994 (Ar. 7682), 27-9-1995 (Ar. 6452), 9-4-1996 (Ar. 2911), 29-4-1997 (Ar. 3410), 29-5-1997 (Ar. 4117), 22-11-1997 (Ar. 8097)...

¹⁶ El TS aplica la doctrina de la solidaridad cuando no es posible concretar la responsabilidad de cada uno de los participantes, para proteger al receptor de la obra, más débil. Doctrina de la cual el TS hace un uso generalizado, sin perjuicio de las acciones de repetición entre los culpables: CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; GONZÁLEZ CARRASCO, C.: *"Derecho de la construcción y la vivienda"* ... cit, pág. 171.

II. Otros terceros: entidades financieras, propietario del solar...

La construcción de las viviendas requiere muchas otras actividades complementarias a las principales, ya analizadas, que tienen como sujeto a la Cooperativa aunque repercutan sobre los socios representados por ella. Dichas actividades no precisan necesariamente ser realizadas con terceros ajenos, pudiendo asumirlas, desde el inicio, la propia Cooperativa en el caso de la financiación, o como propietaria en origen del solar. En la actualidad, dado el volumen de negocio de las Cooperativas, éstas suelen acudir a la financiación externa, y a la necesaria adquisición del solar sobre el que se construirán las viviendas a terceros. Entre ellas es fundamental la obtención del solar - que debe reunir las condiciones precisas para la edificación¹⁷, y cuya adquisición puede determinar el inicio de la comunidad o copropiedad de socios sobre la “masa de gestión económica”, si todavía no existen aportaciones a la misma. El solar¹⁸ puede pertenecer ya a los cooperativistas o bien a un tercero con el que la Cooperativa celebra un contrato de compraventa o permuta a cambio de vivienda, con la mediación o no, en su caso, de la empresa gestora, en términos similares a los de la construcción. En idéntica situación se plantea la relación con las entidades financieras¹⁹ con las que la Cooperativa contrata generalmente la financiación de la construcción mediante la constitución de un préstamo hipotecario, que posteriormente es asumido por los socios en la cuota correspondiente a la vivienda a la que acceden –cuestión ya planteada con relación a la comunidad-. También puede y suele pactarse que la gestora intervenga en la búsqueda y tratos con este tercero, como mediador. Por razones similares a las expresadas con relación al constructor y arquitectos, no podemos analizar con

¹⁷ CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E; GONZÁLEZ CARRASCO, C: “*Derecho de la construcción y la vivienda*” ... cit, pág. 3. Solar que debe reunir las condiciones de urbanización y edificabilidad y que puede obtenerse de cualquier forma.

¹⁸ Supuestos planteados ante el TS en la nota a pie 245 del capítulo 3.

¹⁹ Supuestos planteados ante el TS en la nota a pie 244 del capítulo 3.

detenimiento estas cuestiones que podrían ser objeto de un trabajo de investigación independiente y singular.

III. Gestión interna. Relaciones jurídicas derivadas de la gestión externa.

La gestión y administración de la Cooperativa, en pura teoría, son internas, realizadas por sus propios órganos, que pueden venir asesorados por algún profesional²⁰ sin que ello implique necesariamente una gestión externa. En la actualidad esta gestión interna está dejando paso a la externa, encomendada a sujetos ajenos a la Cooperativa, profesionales de la gestión. La gestión externa se produce no sólo durante la construcción de las viviendas, sino también antes, en el momento de promoción, o después de aquélla²¹. La empresa gestora suele encargarse, por supuesto previa remuneración pactada, de los trámites de constitución e inscripción de la Cooperativa (servicios jurídicos, administrativos...), la gestión empresarial de la promoción²² y de la construcción²³ de las viviendas (aspectos técnicos, económicos, financieros, jurídico-

²⁰ BARRIA PEREIRO, J: *“Las relaciones jurídicas y económicas de las Cooperativas de viviendas de protección oficial y las gestoras de cooperativas”*. Ministerio de Fomento, DG de la vivienda, 1997, pág. 96. El asesoramiento, dentro de una gestión interna, puede ser del tipo jurídico, contable, administrativo... con relación laboral respecto de la Cooperativa o con base en un mandato o arrendamiento de servicios.

²¹ En la práctica se dan desviaciones, siendo las gestoras las que crean las Cooperativas, lo que da lugar a muchos problemas e incluso a casos en que la gestora es principal y la Cooperativa es utilizada como coartada, con órganos cuyas funciones son traspasadas a la gestora, y cuyos socios son considerados más como clientes que como cooperativistas.

²² Las operaciones pueden ser la organización de la provisión de fondos, tanto cooperativos como de la “masa de gestión económica”, otorgamiento de poderes que sean necesarios en su caso (expresos, para asuntos concretos que no abarquen actos de disposición), tramitación de documentación (fiscal, tributaria, de la Seguridad social...), aspectos no dispositivos de la adquisición del solar (mediación en su adquisición, escrituración, inscripción...), mediación en el encargo y contratación del proyecto de construcción, inicio de la tramitación de ayudas económicas si son posibles, mediación en la ejecución del sistema financiero aprobado (entidades, formalización), obtención de licencias urbanísticas y administrativas necesarias para las obras, trámites del otorgamiento de la escritura de obra nueva y división horizontal...

²³ Pueden diferenciarse la intervención de la gestora en las actividades cooperativas, de la realizada en las actividades de construcción, puesto que su gestión es distinta. Las actividades cooperativas suelen ser realizadas por los propios órganos cooperativos, aunque también puede gestionárselas una empresa gestora, prestando los servicios necesarios en orden a su correcto funcionamiento: libros, ingresos, bajas y expulsiones de socios, otras actividades cooperativas, nombramiento de apoderados o director, convocatoria y celebración de Asambleas y juntas, contabilidad, tributación, aspectos financieros de aportaciones y cuotas, excedentes, pérdidas, retornos, reembolsos... Las actividades de construcción generalmente son encargadas a una empresa gestora, profesional, que se ocupa de todo lo relativo al terreno, pagos, proyecto de construcción, tramitación de

privados, laborales y administrativos), del proceso de adjudicación de las viviendas (su ejecución conforme a los acuerdos adoptados en Asamblea General), o incluso de la administración posterior de las mismas (servicios de gestión prestados a la comunidad de propietarios²⁴).

Por supuesto, en los países europeos cuyo régimen es similar al nuestro también se estructura y organiza la administración interna de la Cooperativa, acudiendo en ocasiones a terceros; y ambos supuestos son regulados²⁵.

1. Gestión interna: Órganos cooperativos y otros sujetos encargados de la gestión.

Antes de analizar la gestión externa -expresión con la que nos referimos a la delegación y contratación de la administración de la Cooperativa y/o de la comunidad sobre la “masa de gestión económica” con un tercero, empresa o empresario individual - realizada por la Cooperativa o los socios, por sí mismos- vamos a plantear brevemente la estructura y especiales características de los órganos de la Cooperativa, previstos

las ayudas estatales o autonómicas cuando sea posible, cuestiones financieras relacionadas con los créditos hipotecarios, sus cuotas, división, contrato de ejecución de obra, recepción de cantidades y tramitación de la adjudicación de las viviendas.

²⁴ CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; GONZÁLEZ CARRASCO, C: “*Derecho de la construcción y la vivienda*” ... cit, pág. 436. El régimen cooperativo no sustituye a la PH ni a la comunidad de propietarios, ni tampoco los identifica. Puede admitirse que la cooperativa continúe como administrador de la comunidad de propietarios. En idéntico sentido, GONZÁLEZ CARRASCO, MT: “*Comentario a la STS de 9-4-1996*”, en C.C.J.C núm. 42, pág. 979 y ss.

²⁵ En Italia, el Codice Civile se refiere a los órganos de administración (retribuidos, con obligación de emplear la diligencia del mandatario y responsabilidad solidaria frente a la sociedad). Los artículos son el 2532 al 2535, en que se regulan la reunión, voto y mayorías en las Asambleas, y los administradores o síndicos de la Cooperativa. Ni el Estatuto de 1947 ni el RD de 1938 sobre Cooperativas de construcción se ocupan de los órganos cooperativos. En Portugal, en el Código cooperativo de 1980 también se desarrollan ampliamente los órganos de la cooperativa, similares a los nuestros, en los artículos 36 a 66: Asamblea General, Dirección y Consejo de fiscalización y la actuación de éstos, facultades y responsabilidad. Francia se ocupa de los mandatarios o gerentes de las Cooperativas en el Estatuto general de la cooperación de 1947, art. 6 y siguientes, que ha sido sucesivamente actualizado. El Code de la construcción también se ocupa de la construcción, la promoción y las responsabilidades de los que intervienen en ellas, así como de los órganos cooperativos: asamblea, órganos de administración y consejo de supervisión de cuentas.

Como veremos en otros ordenamientos jurídicos también se presta especial atención al sujeto que gestiona. En Francia la gestión se tiene en cuenta de modo especial, en relación a la promoción inmobiliaria, convirtiéndose en el tema “estrella” de las Cooperativas de construcción de viviendas. En Italia, según la doctrina, la gestión de las viviendas corresponde, como regla general, a los entes que la han construido y que, en consecuencia, tienen su propiedad. Sin embargo puede encargarse la gestión a un ente distinto del propietario, como así ocurre cuando el propietario es un ente público: ROEHRSSEN, G: “*Edilizia popolare ed economica*”, Enciclopedia del Diritto vol. XIV, AG, Giuffrè editore, 1965. Pág. 341.

como fórmula básica de gestión, de “autogestión”. Las facultades de representación de algunos de ellos, y otras cuestiones inherentes a la administración cooperativa, se han estudiado ya, al hilo de la relación jurídica entre el socio y la Cooperativa. La previsión de la gestión por los propios órganos cooperativos es la razón de existencia de la Cooperativa –centralización de los intereses de los socios en el interés común–, aunque la gestión en sí va alcanzando cada vez mayor complejidad por las circunstancias sociales y del tráfico jurídico. Con relación a los órganos nos referiremos tanto a la regulación actual, LC y normas autonómicas, como a la evolución histórica de la misma, por si en ella hay algún dato de interés. Consideramos que este análisis es complemento esencial del estudio de la gestión cooperativa externa, actualmente encauzada hacia empresas gestoras. Nos ocuparemos del Consejo Rector, órgano de administración fundamental, sin olvidar las facultades de la Asamblea en determinados asuntos, y la intervención en la gestión de otros sujetos, que no son órganos, como los promotores y liquidadores de la Cooperativa, teniendo en cuenta especialmente al Director o gerente de la Cooperativa, figura a la que podría asimilarse la gestión delegada. Paralelamente a la evolución teórica de los órganos cooperativos se viene produciendo una desviación práctica cada vez mayor a favor de empresas constituidas para la gestión inmobiliaria de Cooperativas y de otras entidades como las comunidades de propietarios, cuyo análisis será posterior al de los órganos cooperativos, ya que algunas de las notas de éstos son útiles para explicar las funciones y facultades de aquéllas, lo que no impide que el estudio histórico de la gestión en general sea común.

1.1. Evolución histórica.

La evolución histórica de los órganos cooperativos es similar a la de otras estructuras orgánicas de las personas jurídicas asociativas, por lo que sobre los datos estructurales o de organización no nos detendremos minuciosamente en el estudio de la normativa.

Sí es interesante observar, en la evolución normativa cooperativa española, cómo el legislador ha ido teniendo en cuenta la posibilidad de gestión por terceros ajenos a la Cooperativa, inicialmente prohibiendo, a continuación sin referirse a ello, para más tarde retomar el tema, sin demasiado éxito, al menos según la interpretación que hasta ahora se ha realizado de las normas cooperativas. Seguidamente vamos a analizar dicha evolución.

1.1.1. Ley de Cooperativas de 1931 y Reglamento de desarrollo.

* La Ley de Cooperativas de 1931²⁶ se refiere a los órganos cooperativos, no de forma aislada en un capítulo especial sino dentro del articulado de la Ley ya que no existen títulos ni capítulos. Se establece como órgano necesario la Junta Directiva²⁷, y en determinados casos será obligatoria la existencia de una Comisión de Inspección de cuentas²⁸. Se realiza alguna alusión a la Asamblea general²⁹, aunque no tiene un tratamiento diferenciado como ocurre con la Junta o la comisión, quizá porque se sobreentiende su existencia.

Es interesante destacar algunas notas referidas a la administración y relacionadas con la posibilidad de gestión por terceros ajenos a la Cooperativa. Así, respecto a las

²⁶ Gaceta de 7-7-1931, pag. 641 v ss: Decreto de Cooperativas de 4-7-1931 declarado Ley de Cooperativas el 9-9-1931.

²⁷ Art. 14: *"En toda cooperativa habrá una Junta Directiva, formada por cinco individuos cuando menos"*.

²⁸ Art. 14: *"En las Cooperativas de más de cien socios será obligatorio el funcionamiento de una Comisión de inspección de cuentas, formada por tres o más individuos elegidos anualmente por la Junta General."*

²⁹ Art. 1.1º: acuerdos de la Asamblea como fuente de derecho junto con los Estatutos, como expresión de su plena autonomía, 14: en relación a la comisión de inspección de cuentas,...

En el art. 15 se somete la actuación de los órganos a la voluntad de la Asamblea General, tanto su nombramiento como la determinación del tiempo en que ejercerán la función, concediéndose a este órgano cooperativo formado por todos los socios una importancia fundamental: *"Las designaciones para las Juntas o Consejos directivos y comisiones especiales y todo género de autorizaciones y mandatos para actuar en nombre de la Sociedad serán revocables por acuerdo de la Asamblea general, sin que pueda prevalecer pacto en contrario"*.

Se contempla la celebración de Asambleas de segundo grado en determinados casos como el art. 17: *"En las Cooperativas de más de mil socios o cuyo territorio comprenda varias localidades con distancia de cincuenta o más Kilómetros, podrán los Estatutos autorizar la celebración de Asambleas de segundo grado, con las condiciones y limitaciones que reglamentariamente se establezcan"*.

limitaciones impuestas por la Ley a la actuación cooperativa hay una especialmente importante, incluida dentro de las condiciones legales necesarias para todas las cooperativas. Se trata del art. 1.3º, que prevé expresamente la imposibilidad de delegar funciones en empresas gestoras: ***“que ninguna función directiva o de gestión esté vinculada en persona o entidad determinadas, ni sea delegada en Empresa gestora alguna”***. En este párrafo el legislador intuye la importancia del tema, aunque adaptándolo a la actualidad no parece que deba prohibirse la actuación de las empresas gestoras sino más bien preverse y regular en consecuencia. En nuestros días la gestión ajena no es objeto de regulación expresa en las normas cooperativas, aunque se haga alguna referencia a ella; a excepción del RD 2028/1995³⁰ que contiene algunas reglas específicas sobre la gestión de Cooperativas en caso de viviendas de protección oficial. Probablemente, el desarrollo de esta cuestión y su no abandono sea una de las claves de solución de los problemas actuales de las Cooperativas respecto a la actuación de los gestores externos. Como cuestión añadida, el art. 3 de la Ley de 1931 establece que los socios no pueden serlo en concepto de empresario, contratista, capitalista u otros análogos³¹, precisión que se mantuvo expresamente hasta la derogada LGC.

* El Decreto de 2-10-1931³², Reglamento para la aplicación de la Ley de Cooperativas de 1931, mantiene los límites de los art. 1.3º y 3 de la Ley, relativos a órganos y socios

³⁰ BOE 16-I-1996 (Ar. 131/1996).

³¹ “Nadie podrá pertenecer a una sociedad cooperativa en concepto de empresario, contratista, socio capitalista u otro análogo. No podrá haber tampoco acciones preferentes, ni partes de fundador, ni combinación alguna que tienda a asegurar privilegios o ventajas especiales a determinadas personas, siendo nulo todo acto o acuerdo en contrario”. Además, si la Cooperativa en general actúa con fines lucrativos puede ser sancionada o descalificada como tal, según dispone el art. 45.

³² Gaceta de 21-10-1931, pág. 1279 y ss.

de la cooperativa, y les dedica un capítulo especial, el IV: “*Organización y régimen de las cooperativas en general*”, en el que añade algunas notas específicas a las legales³³.

* La Ley de Cooperativas de 27-10-1938³⁴ releva a la de 1931, y se caracteriza por la pretensión de incrementar la intervención pública de las Cooperativas. Se sustituye la Junta Directiva por una Jefatura de la cooperativa, formada por un jefe³⁵ y una junta rectora, y se mantiene la Comisión de Inspección de cuentas como obligatoria, independientemente del número de socios.

1.1.2. Ley de Cooperativas de 1942 y Reglamentos de desarrollo.

* La Ley de 2-1-1942³⁶ prevé la inclusión del “*régimen de gestión y de representación de la sociedad*” dentro de los Estatutos -art. 9.e-. Se mantiene, en el art. 11, la prohibición del art. 3 de la Ley de 1931 de que determinadas personas sean socios (empresarios, contratista, capitalista...); y permanece, como condición general de la Cooperativa, entre otras (art. 8.h), que “*ninguna función directiva o de gestión estará vinculada en persona o entidad determinada con carácter permanente*”. La Ley del 42 no menciona la prohibición de que la gestión sea realizada por una empresa gestora -afirmación que no se vuelve a encontrar en ninguna norma cooperativa-, aunque indirectamente la contempla puesto que la gestión encargada a una empresa suele ser un caso de vinculación más o menos permanente. Dentro del capítulo 1º, “*de las*

³³ Se incluye la obligatoriedad de recoger en los Estatutos la administración de la Cooperativa y su régimen y mantiene el esquema de órganos comprendido en la Ley. Artículo 28: “*el régimen de administración y gobierno de la Sociedad expresando el procedimiento que haya de seguirse para la convocatoria y celebración de las Asambleas generales*”.

También se añaden algunas notas sobre la Junta directiva, la Comisión de inspección de cuentas y las Asambleas de segundo grado.

³⁴ BOE 8-11-1938, pág. 1258 y ss. La Ley de 1938 es derogada por la de 26-1-1940 (BOE 31-1-1940).

³⁵ “Art. 5º: “El jefe será elegido por la Asamblea general de socios.” Art. 6º: “La Junta Rectora estará compuesta por un secretario y cinco vocales. Será elegida simultáneamente con el jefe de la Cooperativa, por la libre voluntad de la Asamblea... La Junta tendrá funciones asesoras e interventoras en todas aquellas cuestiones y materias que determinen los estatutos de cada cooperativa...”

³⁶ BOE de 12-1-1942, pág. 59 y ss.

cooperativas y su régimen”, los artículos 23 a 27³⁷ se ocupan de los órganos. La Ley es más completa que la de 1931 en lo referente a los órganos, definiéndolos y ocupándose de sus competencias y facultades.

* El Decreto de 11-11-1943³⁸, primer reglamento de desarrollo de la Ley, dedica un capítulo especial, el III, al “*gobierno de la sociedad cooperativa*”, dentro del título I, “*de las sociedades cooperativas en general*”³⁹.

* Por Decreto de 13-8-1971⁴⁰ se dicta el segundo Reglamento de la Ley de Cooperativas de 1942, que sustituye al de 1943. En él no se hace referencia a los órganos en las menciones obligatorias de los estatutos, lo que ya recogía la propia Ley de 1942. Al igual que el Reglamento de 1943, también el de 1971, en el título I, dedica el capítulo III al gobierno de la sociedad cooperativa. Los órganos cooperativos son la Junta general, la Junta rectora y el consejo de vigilancia⁴¹. La Junta General es el

³⁷ La Junta general, órgano de expresión de la voluntad de los socios, sustituye a la Asamblea general de la Ley de 1931; la Junta rectora, con facultades de gestión y representación, sustituye a la Junta directiva; y con el Consejo de vigilancia desaparece la Comisión de inspección de cuentas. La Junta general puede ser ordinaria o extraordinaria. Decide, entre otras materias, la designación de las personas que hayan de constituir la Junta rectora y el Consejo de Vigilancia. La Junta Rectora está integrada por jefe, secretario y tres vocales. El Consejo de vigilancia está compuesto por tres socios de la cooperativa nombrados por la Obra Sindical de Cooperación, y puede pedir aclaraciones a la Junta rectora, inspeccionar la contabilidad y examinar la caja para el conocimiento de la marcha social, información que aporta a la Junta general y a otros órganos.

³⁸ BOE de 24-2-1944, pág. 244 y ss.

³⁹ Se ocupa este capítulo de los órganos, su actuación y facultades. La sección 1ª trata de las Juntas generales. El presidente tiene como facultades la dirección de la discusión y evita desviaciones en ella respecto del orden del día. La sección 2ª se refiere a las Juntas Rectoras y los Consejos de vigilancia. Dentro de la junta rectora se otorga la representación de ésta y de la cooperativa al jefe de aquella y se regula el proceso de nombramiento de la Junta rectora. Respecto del Consejo de vigilancia, las facultades se encuentran en el art. 27 de la Ley.

⁴⁰ BOE 9-10-1971, pág. 2223.

⁴¹ VICENT CHULIÀ comenta las funciones de los órganos que se establecen en el Reglamento. Junta General. Junta General de 2º grado (actuales Juntas de delegados): sin mandato imperativo. Junta Gestora (actual Consejo Rector): órgano de gestión y representación. Los gestores son socios de la cooperativa elegidos en la Junta. Presidente: representación. El ámbito de representación no está determinado por el objeto social o el giro o tráfico de la cooperativa. Está determinado en sus Estatutos porque la cooperativa no es una sociedad mercantil, no es una representación típicamente mercantil y el objeto social es muy amplio. Consejo de vigilancia: órgano colegiado de control de la gestión y cuentas permanente integrado por los socios. Art. 27: fiscaliza operaciones sociales, contabilidad, marcha social e informa a Junta General y a Junta Rectora. Es un órgano técnico, elegido por la mayoría. En él según este autor, en la futura Ley, deberían insertarse las opiniones de las minorías también. VICENT CHULIÀ: “Análisis crítico del nuevo Reglamento de cooperación. Decreto 2396/1971 de 13 de agosto, BOE de 9 de octubre” en Rev. De Derecho Mercantil 1972, núm. 125-126, pág. 484 y ss.

órgano de expresión de la voluntad de los socios⁴², mientras que la Junta rectora⁴³ es el órgano de gestión y representación de la Sociedad cooperativa, por delegación de la Junta general.

1.1.3. Ley General de cooperativas de 1974 y Reglamento de desarrollo de 1978.

* La Ley 52/1974⁴⁴ de 18-12-1974 –que reemplaza a la de 1942- dedica un capítulo, el IV, a la representación y gestión de la cooperativa, tratando el tema más exhaustivamente que las normas anteriores. Los órganos sociales son la Asamblea general, Consejo Rector e Interventores de cuentas⁴⁵. También se contemplan otras figuras novedosas, que no órganos, como el Director y el Presidente de la cooperativa. Se van perfilando como encargados de la gestión el Consejo Rector, el Director y el Presidente.

⁴² Art. 32 a 38: Se regulan las clases (ordinaria y extraordinaria), forma de convocatoria, orden del día, acuerdos sociales, asistencia (personal o por delegación: siempre a otro socio y por escrito. Un socio no puede tener más de 2 representaciones.) Dentro de la Junta general se contempla la posibilidad de constituir juntas de segundo grado, por los delegados con los votos de los que expresamente les han concedido la representación.

Se prevén las figuras del Presidente y el secretario de la Junta general. Art. 37: El presidente dirige la discusión y cuida de que, bajo su responsabilidad, no se produzcan desviaciones o se sometan a Junta cuestiones no incluidas en el orden del día. El presidente ostenta la representación de la Junta rectora y de la cooperativa. Las facultades, funciones y duración de la Junta rectora se determinarán en los Estatutos, de acuerdo con la ley. La Junta responde de las decisiones que contravengan las normas legales o estatutarias o acuerdos de la junta general (art. 39 a 42). El Consejo de vigilancia está formado por tres socios nombrados por la Obra Sindical. Sus facultades son las del art. 27 de la Ley. Funciona colegiadamente y por unanimidad o mayoría. El esquema de órganos de la cooperativa se reproduce en los órganos de las Uniones cooperativas.

Se introduce, en el título sobre la inspección por el Ministerio de Trabajo, un art. 92 sobre remoción de órganos directivos cuando actúen fuera del objeto social.

⁴³ En el art. 41 se establece la posibilidad de veto a los miembros de la Junta rectora por un órgano administrativo (la obra sindical de cooperación) en algunos casos, como el del 41.3.c), “*dedicarse habitualmente a negocios económicos que hagan presumir incompatibilidad con el cargo de la Junta Rectora, salvo que la Junta general, de modo expreso, hubiera contemplado esta posibilidad y la hubiera salvado*” (art. 62 de la LGC y 41 I.C. bajo el control de los socios y no de la Administración, no olvidemos la época en que se dicta el Reglamento de 1971).

⁴⁴ BOE del 21-12-1974.

⁴⁵ Los artículos 37 a 39 se refieren al número de éstos, incompatibilidades con otros cargos, funciones, responsabilidad, derechos y obligaciones.

La Asamblea es el órgano supremo de expresión de la voluntad social⁴⁶; y el Consejo Rector⁴⁷, el órgano de representación y gobierno, que se ocupa de la gestión de la empresa y del control de la gestión realizada por la dirección. Continúa afirmándose que no se puede pertenecer a una cooperativa a título de empresario o similar (art. 6.4), y que los dedicados a actividades competitivas no pueden ser miembros del Consejo Rector ni directores (art. 36).

Se opta por el sistema francés de administración y no por el germánico⁴⁸. Así el órgano de gestión fundamental es el Consejo Rector -aunque el representante legal del mismo sea el Presidente-, y en alguna cuestión precisa la autorización de la Asamblea General. El Director actúa por cuenta del Consejo Rector, del que depende. La Ley de 1974⁴⁹ se

⁴⁶ Los art. 22 a 27 se ocupan de ella: acuerdos preceptivos, convocatoria, clases, quórum de asistencia y de voto, representación de socios (por otro socio, por escrito, para una asamblea, hasta un máximo de 2 representados, derecho de voto, Juntas preparatorias (delegación de voto según normas reglamentarias), acuerdos sociales y revisión de éstos.

⁴⁷ En el art. 28 y ss se regulan la composición (sólo personas físicas), funcionamiento (sin retribución cuando no se produzcan actividades de gestión directa, excepto compensación de gastos), funciones de rectores concretos, del Presidente y del Director (dentro del giro o tráfico, en nombre del consejo), y la responsabilidad de todos (acciones de responsabilidad y de indemnización contra Consejo o Director frente a sociedad y socios); así como las incompatibilidades (actividades competitivas o complementarias a la sociedad, los que por razón de su cargo no puedan ejercer actividades económicas lucrativas).

⁴⁸ Sistema germánico. Se compone de los siguientes órganos: Asamblea general: un órgano de administración y representación permanente reducido (según la doctrina, miembros retribuidos: arrendamiento de servicios, y no retribuidos: mandato); independiente del anterior, un órgano colegiado más amplio de funcionamiento discontinuo que elige a los miembros del órgano de administración y representación y los controla y vigila y concurre con ellos en la realización de actos trascendentes: censura de cuentas ejercida por profesionales ajenos que no son órganos sociales.

Sistema francés, compuesto de: Asamblea general: órgano de gestión, representación y control de la dirección; consejo: órgano de gestión y representación en algunos casos que actúa dependiendo del Consejo; Dirección: órgano encargado del control de cuentas formado por socios.

⁴⁹ Así opina VICENT CHULIÀ, en su estudio sobre la Ley de 1974: VICENT CHULIÀ, F: "*Los órganos sociales de la Cooperativa*", en Rev. Jurídica de Cataluña núm. 1, 1978, pág. 69.

En la pág. 91 aporta las ss ideas respecto a los órganos: la Asamblea general es deliberante, no ejecutiva, de actividad interna en la cooperativa y no de relación con terceros. Algunos actos externos de la cooperativa requieren su previa autorización (garantía para los socios). No se dice nada sobre las consecuencias de un acto realizado sin la autorización preceptiva. Cita el autor la propuesta de 5ª Directriz de la Comisión al consejo de la CHE: la falta de autorización es oponible a terceros si la sociedad prueba que conocían la falta o que dadas las circunstancias, no podían ignorarla.) La exigencia de autorizaciones previas es otra fórmula de control a la actuación de los órganos de la cooperativa. Hay dos posibilidades de diversificación de funciones: mediante un apoderado general (Director General) o por delegación de facultades en algún consejero (representante legal de la sociedad, el Consejo actúa por él, las facultades del consejero no son susceptibles de limitación frente a terceros). La Ley de 1974 no reguló la delegación de funciones por el consejo, como se hacía en S.A.

preocupó de la democracia en las relaciones internas, dentro de la organización de la

Otra posibilidad de diversificación de funciones más avanzada es la germánica, aportada por Chuliá ("los órganos..." pág. 94): en la que existen de dos órganos de administración: "el órgano de administración y representación permanente, muy reducido (el Vorstand de la Sociedad por acciones o de la cooperativa alemana; el Directoire de la sociedad anónima francesa de ciertas dimensiones), y un órgano colegiado más amplio, de funcionamiento discontinuo, que elige a los miembros de aquel y los controla y vigila en su actuación e incluso concurre con él para la realización de determinados actos, especialmente importantes, de administración (el Aufsichtsrat alemán o el conseil de surveillance francés). Simultáneamente, el fenómeno se completa con la distinción entre control de la gestión propiamente dicho, interno, confiado al Consejo de Vigilancia; y control o censura de cuentas, ejercido por profesionales, desde el exterior de la sociedad, que no son, lógicamente, órganos sociales... En el modelo francés existe el órgano de administración (permanente) y el órgano de control de la gestión (no permanente: reviseurs de comptes, sindaci, censores de cuentas) que emanan por separado de la mayoría de los socios, a través de su designación mediante acuerdo de Junta General. El control de la gestión y control de cuentas aparecen confiados al mismo órgano social, interno, representante de la mayoría y, en consecuencia, defensor de los intereses de esta mayoría de socios. En el modelo germánico se suprime el órgano de control no permanente; la gestión y representación de la sociedad se confía aun órgano colegiado reducido (Vorstand, directoire), que es elegido por otro órgano, a quien se confía de modo permanente el control de la gestión, desde el interior de la propia sociedad y en interés de la mayoría de los socios que lo eligen en Asamblea General (aufsiehrsrat, conseil de surveillance). Frente a la configuración cumulativa del doble control de la gestión empresarial y de las cuentas, en el modelo germánico se desglosa este último y se confía a expertos profesionales extraños a la sociedad, que actúan en defensa de todos los socios, y de terceros y de la sociedad en general... los precedentes de la institución de la censura profesional y exterior de la cuentas, se hallan en la legislación inglesa... la quinta Directriz de la comisión de la CEE, obliga a adoptar el modelo germánico a todos los estados miembros en las S.A. o equivalentes de unas determinadas dimensiones. También aparece en el proyecto de Estatuto de S.A Europea.

En Europa, adoptan el modelo germánico en materia de Cooperativas: Alemania (Ley 20-5-1898, modificación por la novelle de 1973): Vorstand, órgano de gestión y representación limitado por estatutos. La doctrina estima que los miembros si son retribuidos, establecen con la cooperativa una relación de arrendamiento de servicios, y si desempeñan su función gratuitamente, una relación de mandato. Austria, ley de cooperativas de 1887, modificada por la novelle de 1-5-1974: consejo de vigilancia obligatorio en las cooperativas de más de 40 asalariados. Francia, Ley sobre sociedades cooperativas agrícolas de 27-6-1972: Consejo de administración administra, Directoire sometido al control de un conseil de surveillance (control permanente). Directoire tiene las facultades más amplias de representación de la sociedad, dentro del objeto social y con la reserva de las facultades propias de la Asamblea y de las atribuidas expresamente al consejo de vigilancia en el Decreto. Las disposiciones de los estatutos que limitan este ámbito de representación son inoponibles a terceros.

Quedan fuera del modelo germánico: Francia en parte, Suiza, Bélgica, Italia y España."

Continúa Chuliá analizando el proyecto de LGC de 1974, en el que se quería instaurar el modelo germánico: Consejo, representativo, para actos de gestión más decisiva, controla a la dirección (consejo de vigilancia); Dirección en actos de giro o tráfico, gestión normal y continua de la empresa (directoire). Censores de cuentas, socios o asociados. El Problema es que la dirección no se configura como órgano social de la sociedad, sino de la empresa cooperativa, además no actúa en nombre propio sino del consejo (sist germánico: el órgano de representación actúa en nombre propio y bajo su responsabilidad); y que no existía un órgano de control externo de las cuentas. Por ello el proyecto naufragó.

También analiza el autor la redacción definitiva de la Ley de 1974, en la que se establece el modelo francés, desapareciendo el órgano de vigilancia sobre el de administración cotidiana. Se mantenía el control de las cuentas por los socios, no por un profesional externo. Se mantiene al Director, que actúa en nombre del consejo, ejerce las competencias simultáneamente con él (es apoderado general sin facultades propias o exclusivas, aunque se habla de él como órgano de gestión y representación permanente). La doctrina dice que el director no es un mandatario, posee un ámbito legal de representación, circunscrito al giro o tráfico de la cooperativa. Las limitaciones establecidas en los estatutos no son oponibles a los terceros. En su relación interna con la cooperativa está vinculado a las instrucciones que reciba del consejo, y además existen interventores de cuentas que controlan la gestión. El consejo Rector no es un órgano de vigilancia permanente del director

El Presidente de la cooperativa se ocupa de la representación y gobierno de la cooperativa y la presidencia de los órganos. Se configura como parte del consejo rector: representación en nombre del consejo, porque la ley no ha querido admitir de forma abierta o generalizada órganos individuales de representación legal de la cooperativa.

Cooperativa, olvidándose de la estructura y organización de los órganos. Como afirma VICENT CHULIÀ⁵⁰, en su estudio acerca de la Ley de 1974, la Cooperativa puede definirse y analizarse desde una doble perspectiva: la organización del grupo de personas, de forma democrática y con un fin común, y la empresa constituida con este fin, colectiva y basada en la autoayuda, por lo que el sistema de organización de la cooperativa es una cuestión nuclear dentro de ésta. Este mismo autor⁵¹ propone la distinción entre dos tipos de órganos, los de gestión cotidiana y los de control de la gestión; y afirma que si existiera un órgano de control diario podrían evitarse muchos de los problemas que surgen en las cooperativas; también el desarrollo reglamentario adecuado podría contribuir a esta idea.

AGUILAR GARCÍA⁵² esquematiza los órganos de gestión y representación de la cooperativa según la visión de la Ley de 1974: Asamblea General -órgano de expresión de la voluntad social-, Consejo Rector -facultades de gestión interna y representación en la actuación frente a terceros-, Director -potestativo en unos casos y obligatorio en otros; controlado por el Consejo Rector; con funciones de gestión en los asuntos pertenecientes al giro o tráfico normal de la empresa, similares al Director General en

Parece que este autor está a favor de potenciar la democracia en las cooperativas como solución para ellas, junto con una estructuración de los órganos.

⁵⁰ VICENT CHULIÀ, F: "*Los órganos sociales de la cooperativa*" ... cit, pág. 66-67.

⁵¹ VICENT CHULIÀ, F: "*Los órganos sociales de la cooperativa*" ... cit, pág. 80.

⁵² AGUILAR GARCÍA, M: "*Notas acerca de la capacidad, constitución y representación en la LGC de 1974*" en RDN, abril-junio 1975, pág. 60 a 69.

Este autor plantea el siguiente esquema representativo:

1. Actos que supongan modificaciones sustanciales en la estructura de la cooperativa (cesión, traspaso, venta): Acuerdo adoptado por la Asamblea General. Representación: el Presidente.
2. Actos sin trascendencia fundamental, pero que exceden o son ajenos al giro o tráfico normal de la Empresa (compra de inmuebles para el establecimiento, venta de instalaciones no sustanciales, otorgamiento de poderes para pleitos): Adopción de acuerdo por el Consejo Rector. Representación: el Presidente.
3. Actos del giro o tráfico normal:
 - A) Si no hay director: Acuerdo del Consejo. Representación: el Presidente.

las S.A., apoderado de la cooperativa, que actúa como mandatario, en nombre del Consejo-, y Presidente de la cooperativa que se ocupa de la representación y gobierno de la cooperativa y presidencia de sus órganos -los cargos de presidente y director no pueden concurrir en la misma persona-.

* Por Real Decreto de 16-11-1978 se dicta el Reglamento de desarrollo de la Ley de 1974, que en el capítulo IV se ocupa de la representación y gestión de la cooperativa, regulando de forma amplia la materia. Se mantienen como órganos sociales⁵³ la Asamblea general, el Consejo rector y los interventores de cuentas. Se introduce, facultativamente, la creación de comisiones, comités o consejos. Respecto al director se establecen casos en los que su existencia es obligatoria -en las Cooperativas de 250 o más viviendas a 10 millones de ptas.- y se matizan los deberes de la Dirección, como así mantenía la Ley de 1974. Se mantienen los supuestos de incompatibilidad para ser socio⁵⁴, y también se prevé la prohibición de competencia con la Cooperativa o de especulación -son circunstancias que pueden afectar a la gestión cooperativa, en la que el socio está implicado, aunque ésta sea realizada por los órganos cooperativos-.

B) Si hay director: Actos menos trascendentes: acuerdo y representación: el director. Actos más trascendentes: acuerdo y representación: el director, pero con autorización expresa del Consejo.

⁵³ Se desarrolla el funcionamiento de la Asamblea de forma amplia (derecho de voto, mayorías y juntas preparatorias, procedimiento de impugnación y revisión de acuerdos) y la figura del presidente de ésta y del Consejo Rector. Se especifican las competencias del Consejo rector (las no expresamente atribuidas a otros órganos; se extiende en juicio y fuera de él a todos los asuntos concernientes a la cooperativa, la composición, incompatibilidades, elección, retribución...) No se permiten actividades competitivas con la Cooperativa.

⁵⁴ En el artículo 17 se mantienen los supuestos de incompatibilidad para ser socio para la cual se añaden, como circunstancias excluyentes, *“la naturaleza mercantil del empresario individual o social, que aspirase a ingresar como socio... cuando se trate de personas jurídicas, deberán figurar la expresión del interés común con los socios, el compromiso de participar en la mejor consecución del objeto social cooperativizado, así como el no asumir la posición de intermediario lucrativo de los bienes o servicios obtenidos por su incorporación a la cooperativa.”* (El legislador parece olvidar que esto también puede ocurrir con una persona física integrada en una persona jurídica ajena a la cooperativa).

1.1.4. Ley General de Cooperativas de 1987.

La Ley General de Cooperativas 3/1987 de 2 de abril se ocupa exhaustivamente de los órganos de administración y gestión cooperativa. Los encargados de la gestión⁵⁵ durante la vida cooperativa son el Consejo Rector -órgano cooperativo- su Presidente – que ejerce la representación legal de la Cooperativa-, el Director y los apoderados singulares si existen –sólo en relación a algunos asuntos ejercen la representación y gestión-, y en algunos aspectos la propia Asamblea General. No son órganos de gestión, sino de control de ésta, los interventores de la Cooperativa⁵⁶. El Consejo Rector es el órgano de gestión por excelencia. También corresponden al Director las funciones de gestión referidas al giro o tráfico normal de la Cooperativa y sujetas a limitaciones legales. Algunas de ellas pueden delegarse en un tercero ajeno a la Cooperativa, aunque pensamos que sujeto a los límites impuestos al Director. No puede delegarse la función de la Asamblea General de formación de la voluntad de los socios, ni tampoco puede sustituirse ésta cuando sea preceptiva por el acuerdo del Consejo Rector o por la decisión de su presidente. Puesto que la LGC no dice nada al respecto, también pueden ser realizadas por un tercero la promoción y liquidación de la

⁵⁵ Art. 53 y ss LGC. A ellos nos referiremos indirectamente al tratar la regulación actual, de la LC de 1999, por lo que reservamos dichas alusiones a ese momento.

⁵⁶ Del control de la actuación cooperativa y de las cuentas de la misma, se ocupa generalmente un órgano social necesario, no colegiado, elegido por los socios y de entre los socios: los interventores (art. 67 LGC). En nuestro sistema cooperativo los interventores son independientes del órgano de administración, aunque no nos encontremos en el extremo del dualismo alemán respecto de órgano de administración y órgano de control. La responsabilidad por su actuación se rige por las normas de responsabilidad aplicables al Consejo Rector, sin solidaridad entre ellos (gestor diligente y representante leal, respondiendo por culpa grave, dolo o abuso de facultades), aunque algún autor estima que hubiese sido necesario añadir la responsabilidad en caso de culpa leve, por aplicación de las normas del mandato: PAZ CANALEJO en PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÀ, F: *“Comentarios a la Ley General de Cooperativas”*: dirigidos por M. ALBALADEJO y F. SÁNCHEZ CALERO. Tomo XX, vol. 3º, art. 67 a final. Edersa, Madrid 1994, pág. 25. El interventor puede eximirse de responsabilidad mediante la emisión de un informe en el que se separe de la opinión del resto. Los interventores pueden coexistir con auditores de cuentas, según dispone el art. 69, si una norma legal o estatutaria lo exige, o los socios lo solicitan al Consejo, o bien por acuerdo de la Asamblea General; y en el caso de las Cooperativas de viviendas en los supuestos del art. 131 (número de viviendas superior a 50, distintas fases, poderes de gestión empresarial de la Cooperativa otorgados a personas físicas o jurídicas ajenas a ésta, o bien porque lo establezcan los Estatutos o la Asamblea General).

Cooperativa –o algunos aspectos de la ejecución de éstas-, aunque formalmente consten como sujetos intervinientes los socios promotores o liquidadores.

Como resumen de la evolución de los órganos cooperativos podemos decir que, en general, se ha ido avanzando desde el extremo de la soberanía y autonomía de la Asamblea general de socios, hasta la atribución de funciones cada vez mayores a favor del Consejo Rector, órgano de representación y administración de la Cooperativa, y a favor de su Presidente y del Director, de reciente creación. En la actualidad, aparentemente superados los problemas de elección de uno u otro sistema de administración, uno de los temas de mayor interés, pese a que el legislador no se refiera apenas a ello, es la gestión de la Cooperativa y de la comunidad por empresas gestoras, dedicadas profesional y exclusivamente a este objeto. Aunque en algún caso la gestión siga siendo realizada por los órganos cooperativos, generalmente se acude a un tercero, empresario individual o social. En este sentido, mientras los órganos cooperativos y sus facultades se encuentran regulados en las normas cooperativas, no ocurre lo mismo respecto de las empresas gestoras, lo que no significa, como veremos, que carezcan absolutamente de normativa aplicable. La evolución legislativa de las mismas en la regulación cooperativa ha llegado, desde su prohibición en 1931 y su olvido posterior, a las breves remisiones que la LGC contenía, mucho más breves en la nueva LC.

1.2. Regulación actual: Ley de Cooperativas de 1999.

En la Ley de Cooperativas vigente los órganos cooperativos de gestión continúan siendo los mismos, Asamblea, Consejo e Intervención. Antes de analizarlos debemos especificar que sólo son órganos los que administran la Cooperativa durante la vida y funcionamiento de ésta, y no antes o después como es el caso de los promotores y

liquidadores -que no son órganos aunque se ocupan de la gestión en determinados momentos y pueden tener una relación especial con la empresa gestora, cuando es contratada-.

También las CCAA⁵⁷ desarrollan su propia estructura de gestión, en unas ocasiones similar a la común y en otras, diferente.

En el Derecho Comunitario, al que también debemos atenernos, la última actuación en materia cooperativa es la propuesta de Reglamento del Consejo, por el que se establece

⁵⁷ El texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, Decreto Legislativo 1/1998 de 23-6, se refiere en el art. 25 y ss, como órganos cooperativos necesarios, a la asamblea, el consejo y los liquidadores, pudiendo crearse potestativamente comisiones delegadas como la de recursos y la de control de la gestión. El órgano de gobierno, representación y gestión es el Consejo (también representación legal frente a terceros), aunque algunas cuestiones taxativamente previstas son competencia exclusiva de la Asamblea. El Director es designado por el Consejo y representa a la Cooperativa, pudiendo también delegarse facultades en algún miembro del Consejo, aunque en ambos casos la Ley prevé limitaciones respecto de las facultades delegadas; en las Cooperativas de determinado volumen de negocios, es necesario establecer un gestor de dedicación permanente, como consejero delegado o director.

La Ley 2/1998 de 26-3- de Cooperativas de Extremadura también se refiere al Consejo como órgano de gobierno, gestión y representación, aunque la representación legal la ostenta su Presidente. El gerente (Director en LGC) es designado por el Consejo, aunque su admisión como cargo es por Asamblea.

La Ley 2/1999 de 31-3 de sociedades cooperativas andaluzas incluye como órganos a la Asamblea, el Consejo y los interventores. El encargado del gobierno, gestión y representación es el Consejo, representación que corresponde al Consejo y que es ejercitada por su Presidente. El Consejo puede delegar algunas facultades en alguno de sus miembros, en comisión o consejeros determinados, o a terceros, con limitación de los asuntos exclusivos e indelegables. Si los poderes son permanentes se exige al inscripción en el Registro de Cooperativas. Se prevé también la posibilidad de que los Estatutos establezcan una dirección, algunos de cuyos actos precisan autorización del Consejo.

La Ley Navarra 12/1996 de 2-7 plantea un sistema de gestión similar, con Asamblea y Consejo, órgano de gestión y representación, como órganos necesarios junto a los interventores, y Director designado por el Consejo en las condiciones que se establezcan. El presidente del Consejo tiene atribuida la representación de la entidad.

La Ley del País Vasco (Ley 4/1993 de 24-6), se refiere a la Asamblea, el Consejo Rector como órgano de gestión y representación formado por los administradores y la Comisión de vigilancia; incluyéndose la posibilidad de que el Consejo designe a un Director-gerente con facultades determinadas según el poder, y dentro del giro o tráfico de la misma.

En Cataluña, el Decreto 1/1992 de 10-2, que aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas, también se refiere a la Asamblea, el Consejo y los interventores, especialmente el segundo como órgano de gobierno, gestión y representación, aunque la representación legal la ostenta el Presidente. El Consejo rector, a instancia de que la Asamblea lo acuerde, puede nombrar una dirección o gerencia de la gestión ordinaria de la empresa.

La Ley 5/1998 de 18-12, de Cooperativas de Galicia resume en Asamblea, Consejo -Presidente con representación legal- e interventores los órganos cooperativos. Hace referencia también a la posibilidad de delegación del Consejo en uno o varios consejeros, sin mencionar al Director (art. 41.2).

La Ley 4/1999 de 30-3 de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, en los artículos 29 y ss regula las funciones de Asamblea, Consejo e interventores. Las funciones de la Asamblea se establecen en un sentido bastante amplio, y se prevé la representación del Consejo por terceros, o incluso el nombramiento de un Director, acordado por la Asamblea o el Consejo y nombrado por éste. El Presidente ostenta la representación legal.

el Estatuto de la sociedad cooperativa europea, presentada por la Comisión el 6-3-1992⁵⁸. En él se prevén dos sistemas de administración⁵⁹, junto a la Asamblea General, en función de que la legislación de cada país adopte un sistema dualista : órgano de dirección (gestión y representación) y órgano de vigilancia (controla al órgano de dirección), o monista : órgano de dirección.

A continuación vamos a analizar los distintos órganos cooperativos regulados en la LC y sus funciones, junto a otros sujetos que aunque no sean órganos también se encargan de la gestión cooperativa. La pretensión final es averiguar si la regulación cooperativa es suficiente, en orden a buscar los criterios básicos sobre los cuales debe encauzarse la gestión externa, al margen de que en cada supuesto concreto podamos acudir a otras normas jurídicas civiles o mercantiles –también mantendremos algunas menciones a la regulación anterior, de la LGC, comparativamente con la actual-.

1.2.1. Promotores.

Previamente a la constitución de la persona jurídica Cooperativa y todo lo que lleva consigo, y como encargados de la gestión, representación y actividades que precisa dicha constitución, surgen los promotores de la Cooperativa que, aunque la denominación pueda provocar confusión, no son asimilables a los promotores inmobiliarios, por tratarse generalmente de los futuros socios cooperativos -no lo son todavía-. Los promotores no son órganos cooperativos aunque asumen la función de

⁵⁸ DOCE C99/1992 21-4-1992, pág. 17 y ss. El Estatuto, entre otras cuestiones, establece que el recurso a este Estatuto de SCE es facultativo. La finalidad es crear la calificación de “sociedad cooperativa europea”, con personalidad jurídica y facultades para actuar en los países nacionales de los Estados miembros. A dicha calificación podrán optar todas aquellas cooperativas que cumplan los requisitos que el Reglamento propone (formada por un mínimo de dos personas jurídicas cooperativas, o de una cooperativa de un Estado miembro con una filial o establecimiento en otro Estado miembro). En nuestro caso, éstas son las reguladas por la Ley de Cooperativas de 1999, así como las reguladas por las Leyes de Cooperativas de las CCAA.

Como cuestiones interesantes, con relación a los órganos de la SCE, se intentan establecer expresamente, en el art. 43, los supuestos en que una actuación de los órganos de administración está sometida a vigilancia, y el art. 46 se ocupa de la posibilidad de exigirles responsabilidad civil por el incumplimiento de sus funciones.

⁵⁹ Analizados en nota a pie 48.

tales durante el periodo de constitución, lo que es especialmente importante porque en él se inician los trámites de la futura gestión, construcción, financiación...

La promoción cooperativa puede realizarse mediante la reunión de todos los promotores, según prevé el art. 10 de la Ley⁶⁰, que elimina la Asamblea constituyente como opción, a diferencia de la LGC⁶¹ y de las normas autonómicas⁶². Debido a la

⁶⁰ "Art. 10. Escritura de constitución. 1. La escritura pública de constitución de la sociedad será otorgada por todos los promotores y en ella se expresará: ..." Esta opción es admitida desde el Proyecto inicial en 1998, y no es objeto de ninguna enmienda.

⁶¹ Art. 9 LGC: "1. La Asamblea constituyente estará integrada por los promotores de la Sociedad... 2. La Asamblea deliberará... e) Designación, de entre los promotores, de las personas que han de otorgar la escritura de constitución... 4. Si la escritura de constitución fuese otorgada por la totalidad de los promotores de la sociedad y no se hiciese uso de la facultad a la que se refiere el artículo 13, de obtener la previa calificación del proyecto de Estatutos por el Registro de Cooperativas, no será necesario la celebración de Asamblea constituyente." Sobre este tema, VICENT CHULIÀ, F en PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÀ, F: "Comentarios a la Ley General de Cooperativas": Tomo XX, vol. 1º, ... cit, pág. 244.

Las dos posibilidades de constitución de la Cooperativa que ofrecía la LGC en su artículo 9 se basaban en la intervención de los promotores, aunque de distinta forma; pueden reunirse todos los socios, como fundadores que otorgan la escritura pública de constitución de la Cooperativa, en cuyo caso devienen socios y deben cumplir los requisitos exigidos para ello; o bien puede reunirse la llamada "Asamblea constituyente", integrada por promotores -que pueden continuar como socios de la Cooperativa, o darse de baja y no serlo, pudiendo no figurar tampoco en la lista definitiva de promotores que se incorporará a la escritura de constitución-, y sólo serán socios los que reúnan los requisitos objetivos para ello y quieran ingresar como tales:

La condición de socio de la Cooperativa solía afirmarse respecto de los socios fundadores, que participaron en el proceso de constitución de la Cooperativa. No obstante, como hemos dicho y aunque no se expresa claramente en la Ley, no todos los promotores intervinientes en la asamblea constituyente acababan siendo socios.

PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÀ, F: "Comentarios a la Ley General de Cooperativas": Tomo XX, vol. 1º, ... cit, pág. 248: Según Vicent Chulià, en las Cooperativas de viviendas se presume que cualquiera puede ser socio, o aspirante a vivienda, aunque creo que ello dependerá de si no se exigen otros requisitos de tipo profesional o de actividad. Así se manifiesta también SERRANO Y SOLDEVILLA, AD: "La Cooperativa como sociedad abierta". Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Sevilla 1982, pág. 271.

⁶² En las normas autonómicas:

El texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, Decreto Legislativo 1/1998 de 23-6, se refiere a los encargados de la constitución de la Cooperativa, y prevé su realización mediante escritura pública e inscripción en el Registro, sin aludir a las personas que promueven la Cooperativa. El nuevo texto, en los art. 8 y ss, se ocupa más del periodo de "Cooperativa en constitución" y las responsabilidades durante y después del mismo, que de los aspectos materiales, que no formales (escritura pública y Registro) de la misma.

Ley 2/1998 de 26-3- de Cooperativas de Extremadura. El modo de constitución de la Cooperativa, Asamblea constituyente o reunión de promotores, es similar al de la LGC, y aunque incluye algunos aspectos de los promotores en la escritura de constitución, no trata especialmente la cuestión de la actividad ejercida por los mismos, que puede afectar a la Cooperativa. De forma similar, el art. 12 de la Ley 5/1998 de 18-12 de Cooperativas de Galicia.

La Ley 2/1985 de 2-5 de sociedades cooperativas andaluzas exige para la constitución de la Cooperativa, la existencia de una Asamblea constituyente, sin que se aluda a los datos de los promotores.

Ley Navarra 12/1996 de 2-7. La Cooperativa puede constituirse en Asamblea constituyente, por los promotores, según disponen los art. 12 y 15.

La Ley del País Vasco (Ley 4/1993 de 24-6) prevé la intervención en la Asamblea constituyente, como promotores de aquellos que reúnan los requisitos para ser socios, aunque no se plantea la obligatoriedad o no de que definitivamente se conviertan en socios.

supresión de esta posibilidad, la nueva Ley no regula los requisitos de los promotores y el control de los mismos previstos en el art. 11 LGC. Dichos requisitos eran interesantes, especialmente los relacionados con su actividad profesional ajena a la Cooperativa, y sobre todo en el caso de promotores puros cuya intención no era convertirse en socios. La nueva Ley suprime la posibilidad de que los promotores intervengan en esta fase y no se conviertan en socios⁶³, como ocurría en la LGC, ya que todos los promotores deben manifestar que cumplen los requisitos para ello -art. 10.1.b LC-.

En Cataluña, el Decreto 1/1992 de 10-2, que aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas, también plantea la constitución de la Cooperativa mediante Asamblea constituyente, dejado constancia de los datos de los fundadores.

La Ley 4/1999 de 30 de marzo de Cooperativas de la comunidad de Madrid, en el art. 9, admite la creación mediante Asamblea constituyente, y mediante reunión de los promotores.

⁶³ La doctrina se refiere continuamente a los promotores de la Cooperativa, que conforme a la LGC podían ser o no socios de ésta, ya que la Ley les permitía no ingresar aunque participen en la constitución -art. 9 LGC-: PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: "*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*"; dirigidos por M. ALBALADEJO y F. SÁNCHEZ CALERO. Tomo XX. vol. 1º, art. 1 a 15. Edersa, Madrid 1989, pág. 207. Así lo afirma VICENT CHULIÁ que se muestra favorable a que sea promotor cualquier persona que tenga interés en la Asamblea constituyente, que posteriormente será socio si reúne los requisitos establecidos en los Estatutos para ello. Y añadimos nosotros, si manifiesta su voluntad favorable.

Los promotores que resultaban socios de la Cooperativa eran los socios fundadores; mientras que los que no llegaban a ser socios, simplemente promotores. Ello permitía la actuación en ese mismo instante, de fomento y creación de la Cooperativa, de una empresa gestora o algunos de sus miembros, que no están obligados a ser socios cooperativos -actúan como promotores y se desvinculan después-: BARJA PEREIRO, J: "*Las relaciones jurídicas y económicas de las Cooperativas de viviendas de protección oficial y las gestoras de cooperativas*" ... cit, pág. 99 y ss: Plantea dos formas de promoción: grupo del que surgen varios promotores, futuros socios que se reúnen en Asamblea constituyente y gestionan por sí la constitución de la Cooperativa; o bien elección de un profesional que asesora en la constitución de la Cooperativa y elabora la documentación necesaria para ello, al margen de que se elijan los promotores legales de la Cooperativa. En el caso de intervención de promotores que se desvinculan después, la desvinculación suele producirse antes de la adjudicación o adquisición del suelo.

Este supuesto es muy común en la actualidad, y puede dar lugar a conductas fraudulentas en la promoción de la Cooperativa -gestoras que actúan realmente como promotor inmobiliario, aunque salvan la distinción con éste mediante la constitución de la Cooperativa-, o encubrir otros intereses -lucro, que no remuneración, de los promotores no socios-, al no haber un límite o control respecto de la intervención de sujetos en la Cooperativa en constitución, que además no tenían porqué llegar a ser socios de ésta. La intervención de este tipo de promotores suele explicarse por su relación con la empresa gestora, situación que suele continuar en el tiempo. En el supuesto de gestión por un tercero es común la promoción de este tipo, en la que los promotores legales sólo intervienen formalmente, realizando la empresa gestora contratada las labores y documentación precisas, situación que debe adaptarse a la nueva Ley.

De entre dichos promotores se elige a los primeros órganos cooperativos⁶⁴, por lo que dichos cargos corresponderán siempre a alguno de los promotores. Esta circunstancia es importante puesto que en este período inicial, de puesta en funcionamiento de la persona jurídica y elección de los primeros órganos de gestión de la misma, tiene lugar el nacimiento de muchas de las principales relaciones jurídicas posteriores relacionadas con la actividad cooperativa. Lo lógico, e ideal teóricamente, es que, al margen de que sea una empresa gestora la que coordine realmente la promoción de la Cooperativa, ésta no tenga ningún vínculo con la Cooperativa, ni antes ni después, lográndose una separación clara de las distintas posiciones jurídicas. Esta circunstancia que la LGC no resolvía, y que exigía una revisión para prohibir o limitar la existencia de promotores no socios, y fomentar con ello la “transparencia” de relaciones entre la gestora promotora y la Cooperativa, no se planteará con la LC.

No se limita en general la actuación de los socios al hecho de que no actúen como empresarios –prevista en el art. 29.2 LGC⁶⁵, que desaparece en la LC⁶⁶– salvo como deber general de no competir comprendido en el art. 15.2.f- aunque, si los promotores deben necesariamente reunir los requisitos para ser socios, y éstos quedan sujetos al deber de no competencia, el resultado es el mismo que el previsto en la LGC.

⁶⁴ Con la regulación anterior, no era necesario que estos órganos estuviesen formados por los promotores reales de la Cooperativa –vinculados con una empresa gestora–, pudiendo resultar elegidos otros socios promotores – puede ser nombrado cualquiera de ellos– siempre que sean socios.

⁶⁵ Respecto de los socios en general, y afectando también a los promotores, se había previsto expresamente, como prohibición o limitación en el art. 29.2º LGC, que no pueden ser socios aquellos que puedan ostentar posiciones de dominio o control en la Cooperativa, por la actividad a la que se dedican como “*empresario, contratista, capitalista u otros análogos*”. La solución ante los socios que se encuentren en dicha situación es expulsarlos, o disolver o descalificar la Cooperativa según PAZ CANALEJO, aunque la finalidad de la Ley con esta afirmación es prohibir y evitar que surjan dichas situaciones. PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: “*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*”, dirigidos por M. ALBALADEJO y F. SÁNCHEZ CALERO. Tomo XX, vol. 2º, art. 29 a 65. Edersa, Madrid 1990, pág. 19.

⁶⁶ Artículo 12 relativo a los socios, cuya desaparición inicial, en la redacción de 1998, no es objeto de enmienda ni modificación.

La modificación de la LC acerca de la constitución de la Cooperativa evita la relación directa -que “permitía” la LGC⁶⁷- entre promotores no socios y empresas promotoras y gestoras de Cooperativas, aunque no la relación indirecta como sería el parentesco. Se elimina la posibilidad de que miembros de la empresa gestora sean promotores de la Cooperativa sin llegar a ser socios de la misma. Se opta por la solución de exigir el cumplimiento de los requisitos para ser socio. Ello no impide que socios promotores tengan algún tipo de vínculo con los miembros de la empresa gestora de la Cooperativa. Al igual que ocurría en el caso de la LGC, la LC permite la ejecución y gestión de algunas cuestiones de la promoción por terceros, salvando la exigencia de que los promotores sean socios, lo que es preferible. La posibilidad de que la

⁶⁷ La práctica ha conseguido eludir las normas citadas de la forma siguiente. Los promotores cuya actividad sea de “empresario...”, por pertenecer a la empresa gestora y promotora de la Cooperativa, no ingresaban como socios de la misma, limitándose a intervenir en su constitución. Sólo ingresan como socios aquellos promotores a los que no se les pueda reclamar por dicha posición de dominio o control. En tal caso, que en la práctica se produce y está conectado con lo expresado en relación al art. 9 LGC, se elude la norma prohibitiva del artículo 29, porque los promotores relacionados con la empresa gestora no se convierten en socios. “colaborando” sólo en la promoción, lo que la Ley no prohíbe.

La solución a esta conducta podría ser impedir que los promotores se retiren de la Cooperativa, y deban cumplir necesariamente los requisitos para ser futuros socios. También se podrían distinguir supuestos diversos según el grado de intervención de empresas gestoras, directa o indirectamente en la promoción, construcción..., que darían lugar a diversas situaciones y responsabilidades, afirmando su condición de promotor siempre que alguno de sus miembros actúe como promotor -no socio- de la Cooperativa. Esta opción, teóricamente correcta, ocasionaría problemas prácticos puesto que ninguna empresa gestora querría ocuparse de la promoción cooperativa, por lo que la figura podría llegar a ser inoperante. Tampoco es fácil distinguir, aunque se conociera y admitiera que el socio está vinculado con la empresa gestora, cuando actúa como empresario... respecto de la misma, o es realmente un socio usuario como los demás, es decir, donde está el límite del exceso de control prohibido por la Ley. En relación con la intervención de terceros, aunque orientado hacia los órganos cooperativos, algún autor estima que, apoyándose en la afirmación del derecho de todo socio a ser elector y elegible (art. 35.1 a), puede deducirse que no cabe una presencia extraña de no socios en los órganos sociales, e incluso podría exigirse estatutariamente que los elegibles lleven un tiempo en la Cooperativa : PAZ CANALEJO en PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÀ, F: “*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*”: Tomo XX, vol. 2º, ... cit, pág. 142. La primera circunstancia choca con la realidad de que puedan ser promotores de la Cooperativa personas que posteriormente no sean socios, porque los promotores actúan como “órganos precooperativos” en el periodo de constitución de la entidad, resolviendo cuestiones importantes, como las relativas al proyecto, solar, construcción, gestión... Respecto a la exigibilidad de un plazo durante el cual hayan sido socios, no parece lógico puesto que podría ser una forma de evitar que cualquier socio intervenga en los órganos sociales, quedando éstos exclusivamente en manos de los socios fundadores, más antiguos.

También podría optarse por la regulación de la intervención de la gestora en la promoción cooperativa, asumiendo la responsabilidad que le corresponda por su actuación. En este caso se admitiría la intervención de terceros en la promoción cooperativa, con la consiguiente responsabilidad por su actuación en la gestión, pudiendo llegar a establecer presunciones sobre su actuación en algunos casos en que su intervención como promotores inmobiliarios sea indudable.

Cooperativa atraviase una fase temporal de constitución y funcionamiento antes de la inscripción en el Registro también se regula⁶⁸.

Durante la fase de “Cooperativa en constitución”, más o menos larga e incluida en la promoción cooperativa, de la actuación⁶⁹ realizada por los gestores de dicha entidad - promotores con o sin ayuda de una empresa gestora- responden ellos mismos, y la propia Cooperativa cuando acepte dicha actuación en tres meses, o ésta fuese necesaria para su constitución, o si hubieran sido realizados, dentro de sus facultades, por las personas designadas a tal fin por todos los promotores. Los intereses que concurren en el periodo de constitución de la Cooperativa corresponden, según VICENT CHULIÁ⁷⁰ a la Cooperativa como empresa que comienza, los terceros con los que contrata, los gestores ajenos en base al contrato de mandato - el contrato con los gestores no tiene que ser únicamente de mandato, como veremos más adelante- y los socios fundadores.

La LC, en su artículo 9 –art. 10 LGC-, parece proteger los intereses de los fundadores y de los terceros, olvidándose del interés de los que serán futuros socios que ya han contactado o incluso ingresado en la Cooperativa. Así, refiriéndonos en primer lugar a los intereses de terceros, los encargados de la gestión en este periodo de promoción o constitución -ya actúen los que serán futuros órganos de la Cooperativa o deleguen después en gestores independientes contratados- contraen una serie de obligaciones, en

⁶⁸ Art. 9 LC, cuyos términos se mantienen a lo largo de la tramitación en el Congreso. La dicción de éste difiere de la LGC en algunas cuestiones, como la eliminación de que “*deban realizar los actos necesarios para la constitución*”.

⁶⁹ Durante este periodo de constitución, la actuación de los gestores o promotores en nombre de la Cooperativa en constitución consiste principalmente en actos y gastos necesarios, actos y contratos preparatorios, así como en concretar y reunir las aportaciones de los promotores socios, que todavía no son socios, ni tienen participaciones sociales, porque la Cooperativa todavía no existe. Pueden y suelen tener lugar durante este periodo de tiempo de constitución, la toma de contacto o incluso la celebración de precontratos sobre la compraventa o permuta del solar, el proyecto de edificación, la construcción y financiación de las viviendas, de ahí la importancia de definir los sujetos intervinientes y las funciones y facultades de cada uno, ya sean los órganos cooperativos o un tercero ajeno a la Cooperativa, dedicado a la gestión de la misma.

⁷⁰ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: “*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*”: Tomo XX, vol. 1”, ... *cit.*, pág. 226 y ss.

nombre de la Cooperativa en constitución, razón por la cual deben indicar que la Cooperativa se encuentra en constitución. Los gestores responden de su actuación con terceros en varios supuestos: si no advierten a los terceros que la cooperativa se encuentra en constitución, si la Cooperativa que respondería no tiene patrimonio suficiente. Según VICENT CHULIÁ⁷¹, los gestores o promotores, designados en la escritura para solicitar la inscripción de la Cooperativa, que incumplan este deber pueden ser reclamados por daños y perjuicios por los promotores que les asignaron esta tarea, o bien por los terceros con los que han contratado en base a la responsabilidad extracontractual del 1902 del CC. Como decimos la Ley se olvida del interés de los socios cooperativos, a merced de lo dispuesto por los órganos gestores, aunque esta cuestión debe resolverse en sede de administración y organización –en la promoción planteada y sus límites, y la diferenciación clara de los supuestos de promoción absolutamente externa- y no en relación a la actuación con terceros.

Concluimos que en la promoción cooperativa, al margen de que la promoción requiera necesariamente socios, el germen de las decisiones y la ejecución de las mismas puede ser realizada por los promotores o por la empresa gestora ajena –y ello aunque la LC no lo diga-. Tal circunstancia precisa ser contemplada y regulada, y no prohibida u olvidada.

1.2.2. Liquidadores

Al igual que la promoción, también la extinción de la Cooperativa, previa liquidación, precisa la intervención de sujetos que, aunque no son estrictamente órganos de la Cooperativa, asumen las funciones de éstos, los liquidadores. La liquidación de la Cooperativa se produce por la concurrencia de una causa de disolución, siendo los

⁷¹ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: “*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*”: Tomo XX, vol. 1”. ... *cit.*, pag. 343.

liquidadores, individual o colegialmente, el “órgano social” que sustituye al Consejo Rector en sus funciones, según disponen los artículos 71 y ss de la LC⁷² -106 y ss LGC-. Los liquidadores⁷³, elegidos de entre los socios, se ocupan de la administración y representación de la Cooperativa durante la liquidación, y de ésta en sí. Al igual que ocurre con el Consejo Rector, los liquidadores ostentan una doble posición jurídica, individual y orgánica, y la Ley prevé expresamente su retribución respecto de esta última. Su actuación está sujeta a la intervención –art. 72 LC- realizada en interés de una minoría de socios que solicita al juez la designación de un interventor, por un grupo de socios cualificados (sindicato de obligacionistas) o por la Administración pública.

También se plantea la duda de si las funciones de liquidación, al igual que ocurre con las de promoción, podrían ser ejecutadas por la empresa gestora, o intervenir ésta en algún aspecto de las mismas. La LC no dice nada al respecto, y a diferencia de la LGC que exigía que los liquidadores sean socios, no excluye a terceros si la Asamblea no nombra a aquéllos. En cualquier caso, la ejecución de determinadas tareas puede encargarse a un tercero ajeno.

⁷² Art. 71 a 73, sin enmiendas ni modificaciones en la tramitación del Congreso.

En las CCAA: El art. 71 del texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, Decreto Legislativo 1/1998 de 23-6, trata la liquidación de la Cooperativa. Los art. 98 y 99 de la Ley 2/1998 de 26-3- de Cooperativas de Extremadura se ocupan de la liquidación de la Cooperativa. El art. 113 de la Ley 2/1999 de 31-3 de sociedades cooperativas andaluzas, se refiere a la liquidación de la Cooperativa, en términos similares a la LGC. En la Ley Navarra 12/1996 de 2-7, el art. 61 regula la liquidación en los casos de extinción de la Cooperativa, centrándose en el “camino” que sigue el patrimonio. La Ley del País Vasco (Ley 4/1993 de 24-6), en su art. 90 hace referencia a los liquidadores encargados de la gestión en caso de disolución de la Cooperativa, en similares términos a los de la LGC. Los art. 73 y ss del Decreto 1/1992 de 10-2, que aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Cataluña, tratan la liquidación de la Cooperativa y los sujetos que intervienen en ella. También los artículos 89 y ss de la Ley 5/1998 de 18-12 de Cooperativas de Galicia, y los 93 y ss de la Ley 4/1999 de 30-3 de Cooperativas de la Comunidad de Madrid.

⁷³ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: “Comentarios a la Ley General de Cooperativas”. Tomo XX, vol. 3”. ... cit, pág. 508. Según CHULIÁ, “gozan de la doble condición de órgano social y de parte contractual en un contrato similar al de administración, cuyo régimen supletorio es el contrato de mandato”.

1.2.3. Órganos de la cooperativa y otros sujetos que intervienen en la gestión.

Centrándonos en la gestión propiamente dicha, la que tiene lugar durante la vida cooperativa, el órgano cooperativo encargado de ella es el Consejo Rector, aunque también la Asamblea intervenga en la adopción de acuerdos acerca de cuestiones relacionadas con la misma, y de otras principales. Analizaremos brevemente algunas de las especialidades de estos órganos sociales sin olvidar las referencias que ya hicimos a ellos en el estudio de la relación jurídica entre la Cooperativa y el socio, cuyo ejercicio corresponde a los órganos cooperativos. También presentaremos una síntesis de los caracteres de la figura del Presidente y Vicepresidente del Consejo Rector, como representantes legales de la Cooperativa, y del Director o gerente, persona física que puede asumir la gestión, de forma similar a las empresas gestoras ajenas a la Cooperativa. Además de los órganos cooperativos, pueden preverse también comisiones sobre la obra o construcción, que intervienen en ella pero no son órganos. Los órganos de la Cooperativa, descriptivamente citados en el art. 19⁷⁴ LC, son los mismos que los de la LGC: Asamblea –art. 20 y siguientes-, Consejo Rector –art. 32 y siguientes- e Interventores –art. 38 y siguientes-. Se observa un desplazamiento solapado de competencias de la Asamblea hacia el Consejo Rector que, al igual que en las sociedades de capital, goza de más importancia y facultades, aunque se maticen positivamente algunas de las funciones exclusivas de aquella.

Asamblea general

Con relación a la Asamblea General de las Cooperativas se plantea el problema de concederle “la especificidad” que corresponde a la persona jurídica cooperativa, aunque muchas de sus notas respondan a las de la Sociedad Anónima. Así lo hacía la LGC

⁷⁴ Texto idéntico al inicial del Proyecto de 1998, sin enmiendas en el Congreso.

parcialmente, como plantea PAZ CANALEJO⁷⁵. La LC actual tiene en cuenta la tendencia europea en Derecho de sociedades de desplazar el centro de gravedad de la Junta al órgano de administración, sin tener en cuenta que las Directivas sobre sociedades no afectan a las Cooperativas y sí a las sociedades de capital (SA, SRL, S. Com.), como así se deduce literalmente de ellas, y del tratado de adhesión de España a la CEE⁷⁶.

Nominalmente, la Asamblea no es un órgano de gestión, pero algunos asuntos de la administración dependen exclusivamente de ella. La derogada LGC, en su art. 42.1, la calificaba de órgano supremo de la Cooperativa, con competencia sobre la política general de ésta, o cualquier asunto de interés de la misma, siempre que los asuntos no sean competencia exclusiva de otro órgano social –según el art. 43.3⁷⁷, asuntos que le atribuyen normas legales o estatutarias-, y ello teniendo en cuenta que el órgano con vis atractiva competencial es el Consejo Rector -art. 53.1º-⁷⁸, órgano de administración y gestión de la Cooperativa. La LC mantiene la vis atractiva competencial del Consejo en el art. 32.1 LC. En los art. 20 y 21⁷⁹, referidos al concepto y competencias, no se califica a la Asamblea de órgano supremo, y se limita su competencia a la “*política general de la Cooperativa*” y a “*cualquier otro asunto de interés*” en materias que la Ley no considere competencia exclusiva de otro órgano social, admitiendo que, salvo

⁷⁵ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: “*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*”: Tomo XX, vol. 2º, ... *cit*, pág. 311.

⁷⁶ Ver nota a pie 62 del capítulo I.

⁷⁷ La LGC consideraba que la Asamblea es “*órgano supremo de expresión de la voluntad social*”, y que tiene por objeto principal ocuparse de la gestión social, las cuentas anuales, los excedentes o pérdidas, y la política general de la Asamblea. En el orden del día, además de estos asuntos, pueden incluirse cualesquiera otros de la Cooperativa.

⁷⁸ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: “*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*”: Tomo XX, vol. 2º, ... *cit*, pág. 629.

⁷⁹ El texto de ambos artículos es similar a lo largo de la tramitación, puesto que el art. 20 no es objeto de enmiendas, y el 21 lo es en relación a la redacción del apartado 1 in fine y el d) del 21.2, modificados en Senado.

disposición en contrario, la Asamblea puede *“impartir instrucciones al Consejo Rector o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos”*. Con relación a su competencia, el art. 21.2 de la LC establece los asuntos en que ésta actúa -pero no preceptiva y bajo pena de nulidad como dispone el artículo 43.2 de la LGC-, preceptiva e indelegable, sin someterla a la sanción de nulidad⁸⁰.

La Asamblea⁸¹ se ocupa de las cuestiones en las que es preceptiva su intervención como expresión de la voluntad de los socios reunidos en la Cooperativa, y las de formación de la voluntad de éstos, con relación a la comunidad sobre la “masa de gestión económica”. La gestión de estos asuntos, que no la decisión última sobre los mismos, es realizada por el Consejo, aunque puede serlo por una empresa gestora contratada. Esta función de gestión, sea el Consejo Rector, la Dirección de la Cooperativa o una empresa gestora ajena quien la ejerce, queda limitada a la mera

⁸⁰ Se incluye un último párrafo al art. 21, con el número 3, que prevé que *“La competencia de la Asamblea General sobre los actos en que su acuerdo es preceptivo en virtud de norma legal o estatutaria tiene carácter indelegable, salvo aquellas competencias que puedan ser delegadas en el Grupo Cooperativo regulado en el artículo 78 de esta Ley.”* Esta inclusión se realiza mediante una enmienda transaccional a partir de la 105 de IU que reclamaba mayor control de lo actuado por el Consejo por parte de la Asamblea, como órgano soberano.

⁸¹ Incluso en supuestos problemáticos como la disolución de la Cooperativa se admite la celebración de Asambleas Generales, ordinarias o extraordinarias, convocadas por los liquidadores de la Cooperativa, como así lo afirmaba el art. 111 LGC, y lo recoge el 71.5 LC: PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: *“Comentarios a la Ley General de Cooperativas”*: Tomo XX, vol. 3º, ... cit, pág. 532. De ellas afirma CHULIÁ que en ellas se acordará *“sólo lo que convenga al “interés común”*. Aunque esta noción no añade nada al régimen de la Asamblea durante la vida normal de la Cooperativa, se convierte en clave para la comprensión de este artículo: ya que en la Cooperativa no puede identificarse con la suma de los intereses individuales de los socios, como en la sociedad establece la doctrina del Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de febrero de 1991... Hay otros intereses en presencia: el de la conservación de la empresa cooperativa, el del organismo destinatario del haber líquido irrepatriable (el INFES).” También pueden designarse Juntas preparatorias, con delegados, celebradas por dificultades en orden a la presencia simultánea de los socios en Asamblea General, en casos de número de socios excesivo. Dichos delegados, según el art. 51.6 LGC regulador de las Juntas preparatorias en que son nombrados, no ostentan un mandato imperativo -el art. 30 LC no se refiere al carácter imperativo o no del mandato. Esta condición no implica una desvinculación absoluta de los socios, puesto que pueden recibir algún tipo de indicación de éstos para posteriormente optar por el criterio que deseen. PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: *“Comentarios a la Ley General de Cooperativas”*: Tomo XX, vol. 2º, ... cit, pág. 554: *“Ahora bien, la prohibición de vincular imperativamente a los Delegados, no significa que éstos no puedan recibir algún tipo de mandato. En efecto, a mi juicio, subsiste la posibilidad de que cada Delegado reciba no ya, obviamente, un simple mandato facultativo..., si no el denominado mandato indicativo (en el que al Delegado se le impone un abanico de criterios, dentro de los cuales aquél ejercitará la elección).*

administración o ejecución de los acuerdos adoptados por la Asamblea. La Asamblea – en materias de su exclusiva competencia- es el órgano de formación de la voluntad común de los socios⁸² y no de gestión, aunque contribuye a ella en los asuntos en que el acuerdo sea preceptivo -que son los más importantes a efectos de gestión-. Respecto a dichos asuntos, deben distinguirse los que se refieran a la relación con terceros, de los que traten de la organización de la Cooperativa y la comunidad sobre la masa de gestión económica. En ambos supuestos la formación de la voluntad debe realizarse necesariamente por la Asamblea general, cuya competencia es legalmente preceptiva, y sólo podría encargarse a los órganos de gestión cooperativa o a los terceros encargados de ella la mediación en la relación con otros terceros o incluso la representación de la Cooperativa, y la ejecución material de los acuerdos adoptados.

Entre las cuestiones necesaria y preceptivamente encargadas a la Asamblea es especialmente importante la contratación de la gestión ajena, si los socios individualmente no lo habían hecho antes, no pudiendo admitirse que lo haga el Consejo Rector. Según la regulación anterior a la vigente, en este caso es la Asamblea quien admite, pero el que interviene en la gestión y administración y contrato es el Consejo Rector, a consecuencia no sólo de la práctica, sino de la interpretación analógica del art. 60.1 y 2 de la LGC, que había previsto que la Asamblea acordase la existencia de un Director, designado por el Consejo –entendíamos que la aplicación de estas normas podía extenderse a la “dirección” encargada a una empresa gestora, a la que la LGC apenas se refería-. La LC actual, en el art. 32.3, deja en manos del Consejo el apoderamiento formal de cualquier persona o del gerente o director, pero la decisión

⁸² Los derechos de asistencia, opinión y voto corresponden a los socios. Pueden cederse a favor de otro socio o de un familiar –según la LGC del cónyuge, ascendiente o descendiente- del representado, como dispone el art. 27 LC –48 LGC-. En este caso se trata de una representación voluntaria, con contenido imperativo si así se establece, que no puede ser asumida por el socio en número superior a dos representaciones.

acerca de la adopción de tal situación y todo lo relativo a la misma es competencia exclusiva de la Asamblea, como indica el art. 21.2⁸³ LC. Además, debe destacarse la sujeción del Consejo Rector en materia de alta gestión, supervisión de directivos y representación a la política general fijada por la Asamblea, prevista en el art. 32.1, y a las instrucciones de la misma, art. 21.1.

Como figura destacable en las Asambleas Generales, debe prestarse especial atención al Presidente de la Asamblea, que puede ser el Presidente o Vicepresidente del Consejo Rector, como dispone el art. 25.2 LC – el art. 46.2 LGC añadía: el Presidente del Consejo u otro elegido por defecto o conflicto de intereses; y las funciones: dirección, mantenimiento del orden y cuidados para el cumplimiento de las formalidades-.

Consejo rector.

Es el órgano de gestión de la Cooperativa por excelencia, del cual depende tanto la gestión propia como la delegada en el Director o gerente, en terceros, o en empresa gestora. El Consejo Rector de las Cooperativas, tanto en la LC como en las Leyes de las CCAA⁸⁴, se sitúa como núcleo del sistema de administración de la persona jurídica cooperativa, que recae en este órgano colegiado. El Consejo Rector se mantiene como órgano colegiado, con las funciones de gestión y representación sujetas a la Ley, los Estatutos y la política general de la Asamblea, sin limitaciones impuestas en Estatutos

⁸³ ⁸⁵Art. 21.2. La Asamblea deliberará y tomará acuerdos sobre los siguientes asuntos: a) Examen de la gestión social, aprobación ... del informe de gestión... b) Nombramiento o revocación de los miembros del Consejo... y la cuantía de la retribución... g) Toda decisión que suponga una modificación sustancial, según los Estatutos, de la estructura económica, social, organizativa o funcional de la Cooperativa... i) El ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los miembros del Consejo Rector...”

⁸⁴ Para las CCAA puede verse la nota a pie 57.

frente a terceros, y con vis atractiva respecto del resto de órganos como indican los art. 32.1⁸⁵ y 36.1 de la LC –art. 53 y 58.1 LGC–.

Las especialidades de este órgano cooperativo, respecto de las previsiones societarias en general, son, a juicio de VICENT CHULIÁ⁸⁶, que está constituido por socios - persona física, capaz, sin las prohibiciones del art. 62 LGC⁸⁷, respecto del que se prevé la existencia de consejeros suplentes-, es un órgano únicamente colegiado -no actúa individualmente aunque los miembros deben cumplir con su conducta individual-, tiene restricciones respecto de la remuneración, sus cargos deben ser aceptados y ejercitados, y sus facultades son especiales. De estos caracteres, todos pueden admitirse en la nueva LC excepto el primero, ya que aquella permite, en su artículo 34⁸⁸, que un máximo de un tercio de los consejeros no sean socios, sino personas cualificadas y expertas.

Al Consejo se atribuyen las funciones de gobierno y gestión de la Cooperativa, dentro del cumplimiento de las disposiciones legales, estatutarias sobre la administración, y la política general de la Asamblea e instrucciones de la misma tanto en relación a los socios individuales -admisión, bajas, expulsión, derechos y deberes- como reunidos en Asamblea, la gestión económica o administración del patrimonio de la Cooperativa y

⁸⁵ Este artículo sufre modificaciones durante la tramitación en su primer párrafo, con relación a la naturaleza y competencia. Así se incluye la referencia a su condición de "órgano colegiado de gobierno al que corresponde, al menos, la alta gestión, la supervisión de los directivos y la representación de la Sociedad Cooperativa" al admitir la enmienda 167 de C. Canaria (que lo exige por cuestiones de organización societaria y de realidad de la gestión en la actualidad): "... corresponde al Consejo cuantas facultades no estén reservadas por Ley o por los Estatutos a otros órganos sociales..."

⁸⁶ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: "Comentarios a la Ley General de Cooperativas": Tomo XX, vol. 2º, ... cit, pág. 622.

⁸⁷ Causas de incompatibilidad que la LC mantiene en esencia en el art. 41. Se clasifican en las que afectan al Derecho público y las de Derecho privado, y que operan automáticamente. Afectan a los cargos políticos o funcionariales de la administración, actividades complementarias o competitivas con la Cooperativa, menores de edad, concursados o quebrados, penados y los que no pueden realizar actividades lucrativas, y los sancionados, al menos dos veces, por faltas graves. Además, es incompatible ser consejero, interventor y miembro del Comité de Recursos –en la LGC también Director de la Cooperativa- o parientes entre sí hasta el 2º grado.

⁸⁸ "Los Estatutos podrán admitir el nombramiento como consejeros de personas cualificadas y expertas que no ostenten la condición de socios, en número que no exceda de un tercio del total, y que en ningún caso podrán ser nombrados Presidente ni Vicepresidente."

también de la masa de gestión económica, como así se deduce de los art. 21.1 y 32.1 LC -53.1 LGC-.

El Consejo Rector tiene atribuida igualmente la función de representante orgánico de la Cooperativa en todos los asuntos concernientes a ella –art. 32.1 LC-, representación que ha sido analizada en la relación de la Cooperativa respecto del socio, y que legalmente corresponde al Presidente y Vicepresidente del mismo -art. 32.2 LC-.

El Consejo queda sujeto a las normas de funcionamiento designadas en los Estatutos, o en su defecto en la Asamblea General, según prevé el art. 36 LC -58.1 LGC- y por supuesto a las normas legales. Los consejeros gozan del derecho y deber de asistencia personal a las reuniones del Consejo, y no pueden hacerse representar (art. 36.2 LC), así como de los derechos de voz y voto. En la actuación del Consejo frente a terceros no se pueden alegar limitaciones estatutarias, según dispone el 32.1 LC, que no se refiere a las legales –como las del art. 21.2 de materias indelegables de la Asamblea (art. 43.2 LGC que las sometía a la pena de nulidad) o límites legales a la actuación del Consejo sin acuerdo de la Asamblea-. Incluso en el supuesto de límites legales es dudoso, según el TS, que puedan alegarse frente a terceros de buena fe, aunque el Consejo sea mero ejecutor del acuerdo de la Asamblea, y ello por la doctrina del Tribunal al respecto, que tiende a proteger la seguridad, el tráfico jurídico y los terceros de buena fe⁸⁹.

Los miembros del Consejo Rector gozan del derecho de compensación de los gastos que la gestión de la Cooperativa les ocasione, gastos concretos y justificados, y del derecho a remuneración por su actuación como gestores si los Estatutos lo han previsto

⁸⁹ STS 27-9-1995 y otras.

así, como indica el art. 40 LC⁹⁰. En las Cooperativas de viviendas, se prohíbe expresamente dicha remuneración en el art. 89.6 LC –129.6 LGC-, que excluye la retribución admitida en general en el art. 40 LC; y ello, según PAZ CANALEJO⁹¹, porque el legislador no ha querido que los consejeros de la Cooperativa sean gestores profesionales, para lo cual ha previsto la figura del Director y ha inducido el “desplazamiento gestor” del art. 131.1.c) LGC que permite la habilitación a una empresa gestora –actual 91.1.c) LC-. También se impone la dedicación exclusiva de los gestores de Cooperativas de viviendas, no más de un cargo en una sola Cooperativa de viviendas según el art. 89.6 LC –129.6 LGC-, que excluye la aplicación del art. 41.4⁹² LC (cargo en no más de tres cooperativas), con el fin, según este autor, de *“concienciar indirectamente a los rectores del cooperativismo habitacional... e incluso de disuadir a aventureros –procedentes del campo inmobiliario o llegados a*

⁹⁰ El art. 40 LC establece que *“Los Estatutos podrán prever que los Consejeros y los Interventores no socios perciban retribuciones, en cuyo caso deberán establecer el sistema y los criterios para fijarlas por la Asamblea, debiendo figurar todo ello en la memoria anual. En cualquier caso, los Consejeros y los Interventores serán compensados de los gastos que les origine su función.”* Sin modificaciones durante la tramitación.

En el art. 59 LGC se planteaba, en general, que la remuneración de los miembros del Consejo que realicen actividades de gestión directa no puede fijarse en función de los resultados económicos del ejercicio, lo que hace afirmar que tampoco podrían fijarse en función de la actividad cooperativa. Dichas reglas podrían poner en duda, por analogía, algunos tipos de remuneración de la gestión externa, que se fija en ocasiones en función del coste de las viviendas. CHULIÁ basa lo anterior en la consideración de la relación entre el consejero y la Cooperativa como un contrato de mandato, de tipo civil, por lo que se presume gratuito salvo que el mandatario tenga por ocupación esos servicios –según dispone el art. 1711 CC-. PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: *“Comentarios a la Ley General de Cooperativas”*: Tomo XX, vol. 2º, ... *cit.*, pág. 742. En relación a la posibilidad de remuneración, cita CHULIÁ tres supuestos distintos, con base en la doctrina alemana: la gestión como actividad profesional principal, como complementaria de otra profesión o meramente honorífica. En estos casos la retribución del consejero sólo se produce cuando la actuación es principal o complementaria a su profesión.

⁹¹ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: *“Comentarios a la Ley General de Cooperativas”*: Tomo XX, vol. 3º, ... *cit.*, pág. 687.

⁹² El Proyecto inicial no sólo se refería a la incompatibilidad o competencia en general, sin distinguir supuestos, y establecía, como consecuencia, la destitución. A partir de diversas enmiendas que destacan las deficiencias de contenido (113 de IU, 177 y 178 de C. Canaria, 237 del G. Vasco y 387 del G. Socialista), se acepta una transaccional que incorpora dichos supuestos, la incompatibilidad de ejercer cargo en más de tres cooperativas y algunas cuestiones sobre la destitución. Es el artículo 41 se incluye también, como novedad, el que la incompatibilidad por razón del parentesco no afecta a los casos en que el número de socios, excesivamente bajo cuando los cargos se eligen, impide que puedan ser elegidos otros compatibles.

él -- que tanto daño han causado a esta rama de cooperación, acumulando cargos en varias Cooperativas de viviendas, artificial y apresuradamente, creadas."

Respecto a la relación existente entre el Consejo Rector y la Cooperativa, la doctrina difiere, CHULIÁ⁹³ lo resume: unos acuden al mandato, y otros --actualmente mayoritarios- a un supuesto claro de gestión o administración -lo llaman contrato de gestión-, dentro de una representación orgánica, aunque en ambos casos se completan las normas cooperativas con las del mandato, como única regulación común y subsidiaria de la representación y sus efectos. Al margen de cual sea la opción elegida, consideramos que la fórmula de administración por la que opta la LC -también el resto de Leyes de CCAA- es una representación y gestión específica de la Cooperativa por el Consejo Rector, inspirándose en las normas societarias y en la naturaleza orgánica del mismo.

La responsabilidad de los miembros del Consejo, prevista en el art. 43⁹⁴ LC, a diferencia del art. 64 y 65 de la LGC⁹⁵, se remite a lo dispuesto para los

⁹³ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: "*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*": Tomo XX, vol. 2º, ... *cit.*, pág. 822.

Según CHULIÁ los administradores del Consejo Rector actúan como gestores mercantiles sin distinción entre actos de administración y de disposición (realizando las actividades encaminadas a la realización del fin de la Cooperativa, salvo la organización de la entidad y el control de la gestión), pero pese a ello y aunque sean órganos de la Cooperativa, administran un patrimonio ajeno, por lo que quedan sometidos a los deberes de diligencia del contrato de mandato, o incluso más rigurosos. PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: "*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*": Tomo XX, vol. 2º, ... *cit.*, pág. 635.

⁹⁴ "Art. 43. La responsabilidad de los Consejeros e Interventores por daños causados, se regirá por lo dispuesto para los administradores de las Sociedades Anónimas..."

⁹⁵ Según la LGC: En relación a la responsabilidad de los consejeros en su actuación, se les exigía la diligencia de un ordenado gestor y un representante leal -art. 53 LGC-. Son ejemplos de actuaciones desleales contra el fomento cooperativo: el fomento ilícito de los intereses de administradores y terceros, la satisfacción de los intereses de los socios de forma capitalista, el crecimiento ilimitado de la empresa a costa del interés de los socios por operaciones con terceros y la aceptación de participaciones en otras sociedades. La gestión ordenada se construye en base a las normas económicas sobre la actuación cooperativa dependiendo de la dimensión de la Cooperativa y también en relación al ramo de actividad -cualificación profesional, conocimientos, retribución-.

La responsabilidad exigible a los consejeros por los acuerdos adoptados es solidaria respecto de la Cooperativa formada por los socios, acreedores, y sólo se eximen de ella los que salvan su voto -dejan de ser culpables, art. 64.2-. La responsabilidad era exigible por culpa grave o dolo, como afirma el art. 64 LGC: "*dolo, abuso de facultades o negligencia grave*". La culpa se produce por actos ilícitos de todos o algunos consejeros, y es

administradores de SA⁹⁶. En la relación comparativa de la nueva redacción, y el texto al que se remite, y la anterior derogada, no se incluye el deber de secreto –deber de todo socio previsto en el art. 15.2.c del Proyecto de 1998 que el 64.1 LGC exigía-, manteniendo la solidaridad en todo caso –no sólo en el de dolo, abuso de facultades o negligencia grave como disponía el 64.2 LGC- y excluyendo en general la exoneración de responsabilidad aunque el acto haya sido aprobado por la Asamblea –y no sólo algunos de los actos citados en el 64.3 LGC-. Aunque la LSA no hace referencia a su actuación ordenada –art. 64.1 LGC-, si prevé que sea diligente.

Los miembros del Consejo Rector responden por su actuación de forma ilimitada frente a terceros, excepto en aquellas cuestiones imperativamente reservadas a la Asamblea por el art. 21.2 LC –art. 43.2 LGC-, en las que el Consejo es mero ejecutor y sus miembros podrían no responder. Parece que el acuerdo de la Asamblea no puede eximir de responsabilidad a los consejeros, salvo que salven su voto. La actuación del Consejo no quedaba exenta de responsabilidad por la autorización de la Asamblea General,

solidaria porque se supone culpable la elección, delegación o vigilancia de la actuación ilícita -la carga de la prueba de la culpa se invierte, según CHULLÁ (ver nota 41), por la relación contractual y orgánica entre el administrador y la Cooperativa, por lo que el incumplimiento por el primero le obliga a indemnizar salvo que pruebe el caso fortuito o fuerza mayor, y la culpa también se presume cuando se desconozcan o incumplan las normas legales o estatutarias-. La exigencia de dolo o culpa grave y no simple negligencia puede admitirse porque los órganos cooperativos no asumen profesionalmente esta función, ni obtienen contraprestación por ella.

También responden los miembros del Consejo por culpa en la designación, organización y vigilancia -art. 60.2 LGC- respecto de los actos ilícitos del director y otros apoderados generales o singulares-. En este sentido, también debería interpretarse que el Consejo responde, si es él quien realiza la delegación de gestiones o facultades, por acudir a una empresa gestora, de la actuación ilícita de ella. También se refiere CHULLÁ a la responsabilidad por omisión en la adopción de acuerdos indispensables para los intereses de la Cooperativa. No responden los consejeros por los actos ilícitos de los dependientes de la Cooperativa –que trabajan en ella como es el caso de los socios de trabajo- de los que responde ésta en base al art. 1903 del CC.

⁹⁶ El RD Legislativo 1564/1989 de 22-12 que aprueba el TRLSA, en su artículo 133, dispone: “Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. 2. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que aprueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. 3. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.”

según interpretación del art. 64.3 LGC: aunque éste se refiere sólo a cuestiones específicas: balance, cuentas, resultados.... –artículo cuyo contenido se sobreentiende por la remisión de la LC a la LSA que lo incorpora en el art. 133-.

No se incluye tampoco expresamente el deber de secreto de los consejeros, exigible como deber de todo socio en el art. 15.2.c LC⁹⁷. Sí se regulan expresamente los supuestos de incompatibilidades, incapacidades y prohibiciones de consejeros e interventores en el art. 41⁹⁸ LC –similar al 62 LGC-.

En algún caso se ha producido la actuación de los gestores fuera del ámbito territorial de la Cooperativa, lo que genera responsabilidad respecto de terceros, responsabilidad ilimitada de la Cooperativa, que puede reclamar a sus órganos gestores por su conducta, por aplicación de la regla general del art. 32.1 –art. 53.2 LGC-, pero no respecto de los socios que no son tales por la zona territorial que se trate⁹⁹. En general, la actuación de los gestores excediéndose del ámbito, objeto o facultades conlleva la responsabilidad de la Cooperativa frente a terceros, que puede repetir contra los gestores, salvo que se demuestre la mala fe del tercero. En caso de que los gestores cometan una infracción, la LC, en el artículo 35.3 (el 43 se refiere a la responsabilidad como los administradores de las SA) –LGC art. 57.3 y 64.2-, prevé la revocabilidad o

⁹⁷ En la redacción de la LGC se exigía a los consejeros el deber de secreto perpetuo, si bien siéndolo o no –según el art. 64.1 LGC- que se impone sobre los datos que tengan carácter confidencial, respecto de terceros y socios, siempre que no tengan derecho preferente a dicha información –derecho que no ponga en peligro los legítimos intereses de la Cooperativa, art. 36.8-; este deber no es exigible respecto del resto de consejeros: PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: “*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*”: Tomo XX, vol. 2”, ... *cit.*, pág. 826.

⁹⁸ El Proyecto inicial no sólo se refería a la incompatibilidad o competencia en general, sin distinguir supuestos, y establecía, como consecuencia, la destitución. A partir de diversas enmiendas que destacan las deficiencias de contenido (113 de IU, 177 y 178 de C. Canaria, 237 del G. Vasco y 387 del G. Socialista), se acepta una transaccional que incorpora dichos supuestos, la incompatibilidad de ejercer cargo en más de tres cooperativas y algunas cuestiones sobre la destitución. Es el artículo 41 se incluye también, como novedad, el que la incompatibilidad por razón del parentesco no afecta a los casos en que el número de socios, excesivamente bajo cuando los cargos se eligen, impide que puedan ser elegidos otros compatibles.

⁹⁹ VICENT CHULIÁ en PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: “*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*”: Tomo XX, vol. 1”, ... *cit.*, pág. 268.

restitución de su cargo por la Asamblea, lo que es insuficiente según algunos autores¹⁰⁰, que quizá están pensando en la expulsión si la causa es grave.

El Consejo Rector, órgano de administración por excelencia, puede delegar algunas de sus funciones en el gerente o Director, y en general puede apoderar a cualquiera, directivos o incluidas empresas gestoras, como dispone el art. 32.1 y 3¹⁰¹. Pueden cederse tanto la gestión interna de la Cooperativa y la comunidad, como la externa frente a terceros, siempre con el límite de los acuerdos que precisan ser adoptados necesariamente por la Asamblea General y la representación legal de la Cooperativa. En la LC han desaparecido, desgraciadamente, los límites del control o directrices de la Cooperativa, y los límites impuestos a las facultades del Director –que podrían extenderse en general a todos los casos de gestión delegada-. Respecto a la delegación realizada a favor de algún miembro del Consejo, CHULIÁ¹⁰² plantea la admisibilidad de la acumulación en una misma persona del cargo de miembro del Consejo Rector y directivo contratado por la Cooperativa, mediante una relación laboral especial, con las funciones y criterios que le correspondan, según disponga el Consejo Rector, y siempre dentro del objetivo general de la empresa, actuando con cierta autonomía y responsabilidad. Esta podría ser una fórmula de gestión¹⁰³ de la Cooperativa, de tipo

¹⁰⁰ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: “*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*”: Tomo XX, vol. 2º, ... *cit.*, pág. 219. PAZ CANALEJO al tratar el tema de las infracciones y sanciones, critica la ausencia de distinción entre las infracciones del socio en general y las de los socios que actúan como órganos sociales. Aporta como solución posible la suspensión de funciones o privilegios, y el ejercicio de la potestad sancionadora mediante una instancia inicial y previa a la Asamblea, ante un órgano mixto formado por representantes del Consejo Rector e Interventores, con un recurso posterior ante la Asamblea.

¹⁰¹ El texto de este apartado sólo se refería a terceros en el Proyecto inicial de 1998. A consecuencia de la enmienda 227 del G. Vasco se incluye la posibilidad de nombrar a gerentes o directores, absolutamente olvidados en el Proyecto inicial. Se incorpora la inscripción en el Registro planteada en la enmienda 384 del G. Socialista.

¹⁰² PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: “*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*”: Tomo XX, vol. 2º, ... *cit.*, pág. 724.

¹⁰³ En algunas CCAA se prevé este tipo de delegación en los miembros del Consejo individualmente o en comisión, aunque no se dice nada respecto de la relación laboral con la Cooperativa, como Cataluña, Andalucía y Valencia, ver nota a pie 57.

interno – externo, centralizada en uno o varios miembros del Consejo Rector. Cosa distinta que no plantearía problemas, es la delegación de cuestiones puntuales a los consejeros por razones de distribución del trabajo, o la formación de comisiones –art. 36.1 LC-. La delegación realizada en empresas gestoras ajenas es objeto de un apartado específico, por lo que nos remitimos a él. Entre la Cooperativa y los sujetos encargados de la gestión, consejeros, interventores, y parientes de éstos, -se elimina la referencia al Director- pueden existir conflictos de intereses que la regulación cooperativa tiene en cuenta, por lo que se exige la previa autorización de la Asamblea para la validez de las operaciones que se realizan con estas personas¹⁰⁴. En nuestra opinión, si se duda de la actuación de estos sujetos en dichos supuestos, qué no ocurrirá con las empresas gestoras cuando sean ellas quienes se ocupen de la organización de la Cooperativa, en cuyo caso las normas de conflicto de intereses podrían extenderse a la relación con ellas, o extraerse en su caso de la regulación de la relación celebrada –mandato, contrato de servicios...-

Presidente y Vicepresidente

“El Presidente del Consejo Rector y, en su caso, el Vicepresidente, que lo será también de la Cooperativa, ostentarán la representación legal de la misma” según la dicción literal del art. 32.2 LC -art. 54.1 LGC-, así como la representación de todos los actos relacionados con las actividades de su objeto social, en base al art. 32.1. -53.2 LGC-. No son, por tanto, un órgano de gestión sino de representación de la Cooperativa.

¹⁰⁴ El art. 42.1 LC prevé esta circunstancia, y el 42.2 somete la ausencia de la misma a anulabilidad, sin perjuicio de la protección de terceros de buena fe. No incluye las operaciones en que es necesaria la autorización según la LGC (asunción de deudas, fianzas, garantías, avales, préstamos u otras análogas), ni la prohibición de que el afectado vote en la adopción de dicha autorización. Establece la anulabilidad (LGC: nulidad de pleno derecho) para los actos realizados sin dicha autorización. Su texto se mantiene idéntico a lo largo de la tramitación en el Congreso, por la ausencia de enmiendas.

Hasta la entrada en vigor de la LC actual sólo el Presidente tenía la representación legal, activa y pasiva de la Cooperativa. La doctrina¹⁰⁵ criticaba que tuviese legitimación activa, vinculando siempre a la Cooperativa -aunque pueda exigírsele responsabilidad por ello- manifestando que debería haberse concedido exclusivamente legitimación pasiva; también se ha planteado que debería haberse impuesto un sistema de representación colectiva¹⁰⁶, mediante una actuación individual basada siempre en acuerdos del Consejo Rector, o de la Asamblea General en los supuestos del art. 43.2 LGC –art. 21.2 LC-. Como problemas claves de la representación legal de la Cooperativa por su Presidente se ha planteado no su condición de tal acreditada por el acta de elección en Asamblea y la certificación correspondiente del Registro de Cooperativas, sino la eficacia de su actuación, el ejercicio dentro de sus facultades determinadas en la Ley, que pueden no ser conocidas por terceros –éstos siempre son protegidos si no se prueba que actuaron de mala fe¹⁰⁷ -.

En principio, pensamos que la representación legal que la LC concede al Presidente, y al Vicepresidente, o al Consejo Rector en general en algunas CCAA¹⁰⁸, no puede ser delegada en otros sujetos –lo que limitaría la actuación de las gestoras a la mera

La regla general del art. 63 LGC era la nulidad de pleno derecho en ausencia de dicha autorización, con protección de los terceros de buena fe, remoción en el cargo y responsabilidad personal por daños y perjuicios.

¹⁰⁵ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÀ, F: “*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*”: Tomo XX. vol. 2º, ... *cit*, pág. 627.

¹⁰⁶ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÀ, F: “*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*”: Tomo XX. vol. 2º, ... *cit*, pág. 653. En este sentido la Ley de la CCAA valenciana estima que la representación legal la tiene el Consejo Rector.

Ver Ley de CA de Valencia en nota a pie 57.

¹⁰⁷ VICENT CHULIÀ, F: “*Compendio crítico de derecho mercantil*”. Tomo I vol. 2º. Bosch, Barcelona 1991, pág. 1025. “*Introducción al Derecho mercantil*”. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pág. 437.

En este sentido no sólo respecto de las facultades legalmente permitidas, sino en general, se ha planteado en algún supuesto la responsabilidad del Presidente por actuación que excede de lo permitido, al margen de que la Cooperativa quede obligada frente a terceros. Generalmente ha surgido la cuestión de la responsabilidad cuando podía haberse cometido un delito (estafa, apropiación indebida, falsedad). Ver nota a pie 167.

¹⁰⁸ Ver nota a pie 57.

mediación y ejecución de voluntad, eliminando absolutamente la posibilidad de que representen a la Cooperativa.

Director

La Ley prevé que el Consejo Rector apodere o delegue asuntos de administración en sujetos ajenos a la Cooperativa, o en alguno de sus miembros. Al margen de apoderamientos singulares a terceros o algún miembro del Consejo –ya planteados-, la figura del Director o gerente como apoderado o representante voluntario del Consejo Rector surge, en 1974, por la contraposición de dos intereses¹⁰⁹, la administración de la Cooperativa por sus socios y la dirección más profesional y cualificada de la misma. Se intenta crear un órgano de administración para los asuntos ordinarios, que actúa por cuenta del Consejo Rector, del que depende. En la actualidad su existencia como persona individual no tendría razón de ser, puesto que se encarga la administración a personas jurídicas, empresas gestoras que asumen estas funciones.

El Director es un administrador nombrado voluntariamente como cargo de confianza, para la actividad diaria, por mandato del Consejo Rector y con facultades y responsabilidades ante éste¹¹⁰, admitido por la Asamblea General. Sigue las instrucciones del Consejo Rector, dentro del tráfico de la Cooperativa, y asume poderes de gestión y administración de la empresa -como poderes generales

¹⁰⁹ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: “*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*”: Tomo XX, vol. 2º. ... cit, pág. 762. FERRÁNDEZ GABRIEL, JR: “*Impugnación de acuerdos de Cooperativas y asociaciones*”. Asociaciones, fundaciones y Cooperativas. Cuadernos de Derecho Judicial. 1996. CGPJ, pág. 87: el Director es un apoderado general de la Cooperativa.

¹¹⁰ BARRIA PEREIRO, J: “*Las relaciones jurídicas y económicas de las Cooperativas de viviendas de protección oficial y las gestoras de cooperativas*” ... cit, pág. 116.

CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E; GONZÁLEZ CARRASCO, C: “*Derecho de la construcción y la vivienda*” ... cit, pág. 433: El Director no es órgano “sino un profesional que aporta sus conocimientos técnicos a la gestión empresarial de la Cooperativa y que en calidad de mandatario, asume la gestión del giro o tráfico ordinario de la Cooperativa... sólo a los actos de administración propios de la gestión de la promoción, sin que, en ningún caso, puedan extenderse a actos de dominio o a aquéllos en que sea preceptivo el acuerdo del Consejo Rector o de la Asamblea General.”

mercantiles¹¹¹-, y de ordinario no suele tener facultades representativas. El Director no es un órgano cooperativo sino una figura sometida a una relación laboral general o especial¹¹² -a la relación laboral especial se aplican por defecto normas de los contratos de mandato y servicios-, o a un contrato de mandato o de arrendamiento de servicios¹¹³ o atípico mixto¹¹⁴ entre ambos. De la LGC parecía deducirse que su relación es de mandato, aunque no por ello puede excluirse que en algunos casos se trate de una relación laboral, de arrendamiento de servicios u de otro tipo.

En la LC se admite la delegación de la gestión en terceros y el nombramiento de un gerente o Director de la Cooperativa o de directivos por el Consejo Rector, que quedan bajo sus órdenes¹¹⁵. Sin embargo, no se regulan específicamente los asuntos que le afectan -a diferencia de la LGC en los art. 60, 62 y 63-, lo que no es de extrañar puesto que el Proyecto inicial había omitido toda referencia al respecto, exceptuando la que afecta al hecho de que sus facultades dependen de lo determinado en el poder -o contrato-, siendo registrado su nombramiento y cese en el Registro de Cooperativas, en el art. 32.3 in fine. Al no regularse esta figura se pierden las normas relativas a su

¹¹¹ Que incluyen actos de enajenación, con los límites legales del art. 60.3ª LGC (límites que son, según el autor, un residuo de la antigua concepción del Director como órgano social). BARJA PEREIRO, J: *"Las relaciones jurídicas y económicas de las Cooperativas de viviendas de protección oficial y las gestoras de cooperativas"* ... cit. Dichos límites han sido eliminados en la LC.

¹¹² Favorable a la relación laboral, y no contractual. BARJA PEREIRO, J: *"Las relaciones jurídicas y económicas de las Cooperativas de viviendas de protección oficial y las gestoras de cooperativas"* ... cit.

¹¹³ Pueden contratarse laboralmente sus servicios o celebrar un contrato de arrendamiento con una gestora, en opinión de VÁZQUEZ FRAILE, A. Editorial en *"La sociedad Cooperativa al día"*. Praxis, julio 1994.

¹¹⁴ CHULIÁ VICENT, E y BELTRAN ALANDETE, T: *"Aspectos jurídicos de los contratos atípicos"*. Vol. I. Bosch, Barcelona 1992, pág. 1 y ss. CASTÁN TOBEÑAS, J: *"Derecho Civil Español, común y foral"*. Tomo IV. Reus, Madrid 1993-95, pág. 9 y ss.

¹¹⁵ Esta inclusión se incorpora por la aceptación de la enmienda 227 del G. Vasco, puesto que en el Proyecto inicial no se hacía referencia a ella. Se dice literalmente en el artículo 32 del texto aprobado por el Congreso que *"1. El Consejo Rector es el órgano colegiado de gobierno al que corresponde, al menos, la alta gestión, la supervisión de los directivos y la representación... 3. El Consejo Rector podrá conferir apoderamientos, así como proceder a su revocación, a cualquier persona, cuyas facultades representativas de gestión o dirección se establecerán en la escritura de poder, y en especial nombrar y revocar al gerente o director que representará a la Cooperativa. El otorgamiento, modificación o revocación de los poderes de gestión o dirección con carácter permanente se inscribirá en el Registro de Sociedades Cooperativas."*

nombramiento, que ahora corresponde en exclusiva al Consejo –art. 60.1 y 2 LGC- con la competencia exclusiva previa de la Asamblea en la adopción de tal decisión según dispone el art. 21.2 LC, las de sus facultades y límites que impedian, entre otras, la delegación permanente de la gestión –art. 60.3¹¹⁶ LGC-, su responsabilidad –art. 60.4¹¹⁷ LGC-, la responsabilidad del Consejo por lo actuado por el Director –art. 60.2 y 3 LGC-, y la aplicación al mismo de las previsiones de incompatibilidad y conflicto de intereses –art. 62¹¹⁸ y 63¹¹⁹ LGC-.

¹¹⁶ Las facultades del Director se limitaban a las directrices generales y control de la gestión de la Cooperativa, además de a otros asuntos (cuentas, resultados...), límites que también podían ser perfectamente válidos para controlar la actuación de la empresa gestora.

¹¹⁷ Al Director se le exige diligencia y lealtad, y responde frente a la Cooperativa por dolo, negligencia, exceso de facultades o infracción de órdenes o instrucciones del Consejo Rector, y personalmente frente a socios y terceros, por lesionar intereses de éstos –como expresa el art. 60.4 LGC-. Su deber de diligencia va más allá de la defensa de los intereses del representado, la Cooperativa –no sólo por dolo como los miembros del Consejo Rector – art. 64 LGC, sino por negligencia-, y responde –más que un mandatario o representante- económicamente por daños a terceros –responsabilidad extracontractual- o a los socios, que lesionen los intereses de éstos: CHULIÁ en PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: “Comentarios a la Ley General de Cooperativas”: Tomo XX, vol. 2º, ... cit, pág. 769 y ss.

En materia de responsabilidad de las gestoras podría aplicarse la propia LGC –apartado 4 del mismo artículo 60- que establece la responsabilidad del Director frente a la cooperativa, “*de cualquier perjuicio que cause a los intereses de la misma por haber procedido con dolo, negligencia, exceso en sus facultades o infracción en las órdenes e instrucciones que hubiera recibido del Consejo Rector. También responderá el Director personalmente, frente a los socios y frente a terceros, por los actos que lesionen directamente intereses de éstos*”, con lo que las gestoras responderían por perjuicios en los intereses cooperativos –con dolo, negligencia...- o por lesionar los intereses de los socios o de terceros. A esta responsabilidad se une la posibilidad de destitución del Director, a petición de cualquier socio, según dispone el art. 62.4, posibilidad que nos situaría ante la revocabilidad en su caso del contrato celebrado con la gestora.

Respecto de los socios, la responsabilidad del Director –e incluso de los miembros del Consejo Rector-, surge no solo por la lesión de intereses, sino en ocasiones, por la relación de mandato y representación existente entre los socios y estos sujetos. En el caso de las Cooperativas de viviendas, los contratos de admisión de socios pueden establecer esta relación con el Director y “*en tal caso, consejeros y Director asumen la responsabilidad propia de mandatarios, aplicándose el Código Civil*”: CHULIÁ en PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: “Comentarios a la Ley General de Cooperativas”: Tomo XX, vol. 2º, ... cit, pág. 772. En estos supuestos de mandato individual puede reforzarse la relación y consiguiente responsabilidad entre los socios y los sujetos que contribuyen a la gestión y actuación de la Cooperativa. La relación con el Director no suele ser individual respecto de cada socio, sino que es contratada por el Consejo Rector –según la LGC, previa aprobación de la Asamblea-.

¹¹⁸ Las incompatibilidades previstas para el Director en el artículo 62, pueden ser útiles para solucionar algunas cuestiones que se plantean en relación a las empresas gestoras, como el ejercicio por cuenta propia o ajena de actividades competitivas o complementarias a las de la Cooperativa, salvo que las autorice en su caso la Asamblea –art. 62.1.b-, o la incompatibilidad de los que no puedan ejercer actividades económicas lucrativas por razón de su cargo –art. 62.1.a-. La regla del apartado segundo del mismo artículo prevé también la incompatibilidad entre los cargos de Director y miembro del Consejo, así como de los parientes de éstos, lo que de aplicarse a las empresas de gestión permitiría evitar situaciones similares, de íntima relación personal y familiar entre los miembros del Consejo Rector y la empresa gestora, que “a priori” parecen dudosamente lícitas, y que según esta premisa no deberían admitirse –no hablamos de temas de promoción, y si de la propia gestión cooperativa-.

Esta circunstancia es especialmente importante ya que pensamos que las normas sobre la dirección de la Cooperativa, de escasa aplicación en supuestos de dirección unipersonal, son útiles para regular el régimen de actuación, límites y responsabilidad de la gestión ajena realizada por empresas gestoras. Tanto las facultades del Director, como la responsabilidad por su actuación, se asemejan bastante a la relación entre la Cooperativa y la empresa gestora, cuya única diferencia con aquél es ser persona jurídica, coincidiendo en su cualidad de tercero ajeno a la Cooperativa que se encarga de asuntos de gestión, con la aprobación de la Asamblea aunque contratada por el Consejo. Las normas cooperativas referidas a la figura del Director podrían ser interpretadas extensivamente en orden a su aplicación a las empresas de gestión, además de aplicarles las que correspondan por la relación jurídica que la empresa tiene con la Cooperativa (mandato, servicios...).

Consideramos de interés la aplicación de la norma de conflicto de intereses a la relación de la Cooperativa con las empresas gestoras, que pueden prestar servicios determinados y poner en contacto a la Cooperativa con terceros, pero que no podrían, salvo autorización de la Asamblea, asumir ellas mismas esos compromisos, lo que tiene

La Ley 2/1999 de 31-3 de sociedades cooperativas andaluzas, en su artículo 135.3, relativo a las Cooperativas de viviendas, plantea expresamente esta prohibición de los miembros del Consejo Rector o sus parientes respecto de los apoderados para la gestión empresarial: *"Las Cooperativas de viviendas no podrán otorgar poderes relativos a la gestión empresarial a personas físicas que tengan una relación laboral o de servicios o sean parientes de los miembros del Consejo Rector, hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sean cónyuges o parejas de hecho de los mismos, ni a personas jurídicas de las que sea socio o participe alguno de los miembros del Consejo Rector, su cónyuge, o un pariente de éstos comprendido en los grados antes mencionados, así como tampoco a quienes tuvieran una relación laboral o de servicios con las personas jurídicas en las que concurriera dicha circunstancia."*

La prohibición de desempeñar el cargo de Director en más de tres cooperativas -artículo 62.3- no parece que sea aplicable a las empresas gestoras, puesto que no es admisible imponer un límite de clientes a su actuación profesional -al igual que ocurre con otras profesiones- (podría aplicarse al trabajador de la gestora encargado de esa Cooperativa).

¹¹⁹ Según la LGC, las operaciones realizadas por la Cooperativa con el Director o sus parientes, que no sean propias de la condición de socio, requieren autorización de la Asamblea -art. 63.2-, bajo pena de nulidad de pleno derecho sin afectar a terceros de buena fe, y dando lugar a la remoción automática, unida a la responsabilidad personal de los daños y perjuicios derivados a la Cooperativa. Se cita algún caso en que especialmente se exige la autorización, como la asunción de deudas, prestación de fianzas, garantías, avales.

especial sentido en el caso de deudas, fianzas, préstamos..., que quizá deberían haberse prohibido directamente para evitar perjuicios a la Cooperativa y evitar supuestos como el de PSV, en el que un caso de este tipo ha dado lugar a un gran fraude -Cooperativa y gestora eran dos entidades, pero funcionaban económicamente como una-. También considerabamos positiva la aplicación a este supuesto de los límites impuestos al director.

Como vemos, las normas que sobre el Director se establecen en la LC -persona física encargada de algunos aspectos de la gestión cooperativa- pueden contribuir a plantear las notas cooperativas más destacadas y específicas del régimen aplicable a la relación entre la Cooperativa y las empresas gestoras, que al fin y al cabo se distinguen del Director en el hecho de ser personas jurídicas; y ello, aunque su regulación ha sufrido una merma importante respecto de la LGC anterior.

2. Gestión externa: Actividades de representación, gestión y organización realizadas por terceros ajenos a la Cooperativa, en particular empresas gestoras. Relación jurídica entre la Cooperativa y la empresa gestora.

La gestión externa de la Cooperativa, que no excluye la existencia y actuación de los órganos de gestión cooperativos, puede encargarse tanto a un empresario individual como a una persona jurídica, profesionales de la gestión, lo que no impide que nos refiramos a todos los supuestos sin distinción, con la denominación de “empresa gestora”. No pueden analizarse todas las funciones que podrían encargarse a estos sujetos y las distintas formas de actuación, porque sería imposible hacerlo sin olvidar alguna -ya que pueden individualizarse según cada caso-, pero sí pueden esquematizarse los criterios que, en general, rigen la gestión. Suelen contratarse tanto aspectos de la gestión interna de la Cooperativa y la comunidad, como la gestión, o

préstamos y cualesquiera otras de análoga finalidad, en el art. 63.1, sin que el interesado pueda intervenir en la toma de decisión.

mediación e incluso en algún caso la representación respecto de las actividades con terceros, además también pueden delegarse cuestiones que afecten a la promoción y, en ocasiones, a la liquidación o administración posterior.

Vamos a analizar, en primer lugar, las breves remisiones normativas que existen respecto de las empresas gestoras, a las que en algún caso nos hemos referido ya, actualmente y desde el punto de vista histórico. Veremos también los escasos supuestos que han llegado hasta nuestro Tribunal Supremo para, a continuación, plantear su relación con otras figuras, jurídico-privadas, que pueden ser útiles para clarificar la *relación jurídica entre la empresa gestora y la Cooperativa, en general o en cada caso particular*. También aludiremos, como otra opción posible, a la consideración de la empresa gestora como promotor inmobiliario, en la línea del ordenamiento jurídico francés, seguido parcialmente por nuestro legislador actual en el Proyecto de Ley de ordenación de la edificación.

2.1. Regulación cooperativa actual: LC; RD 2028/1995 para VPO. Interpretación de sus normas y aplicación de las mismas a las Cooperativas en general.

Nos centraremos en la LC actual, sin perjuicio de realizar breves remisiones a las normas autonómicas y a la LGC anterior. Como complemento de la primera analizaremos el RD. 2028/1995, redactado para regular la actuación de las empresas gestoras de Cooperativas, a raíz del escándalo de PSV.

La LC abandona la expresión del principio fundamental del autogobierno y autorregulación cooperativa, recogido en el art. 2¹²⁰ de la LGC que nos remitía en primer lugar a los órganos cooperativos y posteriormente a los socios¹²¹, quedando

¹²⁰ Art. 2: “La gestión y el gobierno de las Sociedades Cooperativas corresponde exclusivamente a éstas y a sus socios, sin perjuicio de lo establecido en el título II de la presente Ley”. En términos similares las CCAA

¹²¹ Así lo afirma PAZ CANALEJO en PAZ CANALEJO, N. VICENT CHILLÀ, F: “Comentarios a la Ley General de Cooperativas”. Tomo XX, vol. 1”, ... *cit*, pág. 56.

excluida la intervención pública en la administración de las Cooperativas -a diferencia de otras normas cooperativas de épocas anteriores en que predominaba el control estatal, especialmente en 1938 y 1942-, pero no la intervención de terceros contratados por los socios o por la Cooperativa a través de sus órganos. Quizá el legislador ya no se ve sometido a la rémora de la situación política pasada y se ocupa de la regulación de las Cooperativas, sin dudar su autogobierno. En cualquier caso, el gobierno de la Cooperativa se encuentra en manos de los socios, y de los órganos elegidos por éstos, que optan en ocasiones por escoger la vía del profesional o empresa gestora contratada.

2.1.1. Ley de Cooperativas.

La base legal de la intervención de terceros en las actividades de organización cooperativa se encuentra, entre otros -art. 91-, en el art. 32.3 de la LC -art. 131 y 54.2 LGC- que se refiere al supuesto de apoderamiento y cesión de facultades de gestión o dirección. En el art. 32.3 LC se permite la concesión de poder a un tercero cualquiera para actuar por cuenta de la Cooperativa, y la delegación de facultades de gestión y administración en un gerente o director, con facultades determinadas en la escritura del poder¹²², y con carácter más o menos amplio -se eliminan en la LC los límites del art. 60.3 LGC-, y en el art. 36.1 se establece la posibilidad de creación de comisiones, comités o comisiones ejecutivas y las competencias de los Consejeros delegados (siempre que los Estatutos o, en su defecto, la Asamblea lo prevean) -la LGC no hacía referencia a la delegación de facultades a miembros concretos del Consejo Rector, a

¹²² Facultades legales, expresas y en escritura pública como lo interpreta Chuliá en PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: *"Comentarios a la Ley General de Cooperativas"*; Tomo XX, vol. 2º, ... *et*, pág. 658.

diferencia de algunas leyes de CCAA¹²³, aunque la expresión “cualquier persona” utilizada por aquella también los incluía a ellos (art. 54.2)-.

El apoderamiento suele basarse en una relación contractual subyacente, de mandato, arrendamiento de servicios o relación laboral, o incluso en una relación compleja de promoción, pudiendo también existir éstas sin representación. Cuando este tercero sea una empresa gestora, que asume las facultades de gestión, o de representación del Consejo Rector de la Cooperativa o ambas, nos encontraremos en un supuesto que

¹²³ Las Leyes de Cooperativas de las CCAA tienen planteamientos diversos, adoptando un sistema similar al de la LGC o distinto a éste según los casos, posibilitando la delegación respecto de miembros del consejo, aludiendo o no al apoderamiento en general, y en algún caso no tratando en absoluto este tema

La Ley del País Vasco (Ley 4/1993 de 24-6), en el art.41.6, referente a los administradores y al Director-gerente con apoderamiento general, prevé la posibilidad de apoderamientos singulares a favor de otra persona: “*El Consejo Rector podrá conferir apoderamientos singulares a cualquier otra persona*”. La expresión del apoderamiento singular parece suficiente para el legislador como límite del mismo.

La Ley 2/1998 de 26-3 de Cooperativas de Extremadura regula la cuestión en su artículo 36, aunque no concreta el tipo de apoderamiento: “*El Consejo Rector podrá otorgar apoderamientos a favor de cualquier persona*.” Por supuesto sería más lógico aludir a la delegación de algunas facultades de gestión.

En Cataluña, el Decreto 1/1992 de 10-2, que aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas, plantea, en el art. 43, la delegación de facultades del Consejo a favor de sus miembros o de una comisión surgida del mismo, sin hacer referencia al apoderamiento o delegación a terceros. Esta delegación tiene sus límites en el tráfico empresarial ordinario y en otras cuestiones previstas en el 43.2 que son exclusivas del Consejo: “*Fijar las directrices generales de actuación de la Cooperativa, con sujeción a la política general establecida por la Asamblea. Controlar permanentemente y directamente la gestión empresarial que ha sido delegada. Presentar a la Asamblea General la memoria explicativa de la gestión, la rendición de cuentas y la propuesta de imputación y de asignación de resultados. Autorizar la prestación de avales o fianzas a favor de otras personas, salvo lo dispuesto para las Cooperativas de crédito.*”

El art. 61 de la Ley 2/1999 de 31-3 de sociedades cooperativas andaluzas contempla la delegación a favor de los miembros del Consejo, consejeros individuales o en comisión y la realizada a favor de “*cualquier otra persona*”, con las limitaciones del apartado 2 de este artículo que son cuestiones exclusivas e indelegables del Consejo: “*directrices generales, rendición de cuentas, otorgamiento de poderes, autorización para garantías a favor de otras personas, las facultades delegadas por la Asamblea salvo autorización expresa.*”

La Ley 5/1998 de 14-12 de Cooperativas de Galicia, prevé en su artículo 41 la delegación en miembros del Consejo, sujeta a límites; y en el 32 con relación a terceros. La Ley 9/1998 de 22-12- de Cooperativas de Aragón permite, en el artículo 40, la intervención en la gestión de un tercero, o un miembro del Consejo individualmente o en comisión, con límites del tráfico ordinario.

El texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, Decreto Legislativo 1/1998 de 23-6, no prevé de forma expresa el apoderamiento o delegación a un tercero. En el art. 43 se contempla la delegación de facultades a sus miembros individualmente o en comisión, dentro del tráfico empresarial ordinario y con limitación a determinadas facultades que se estiman exclusivas del Consejo Rector, entre las cuales se encuentra la de otorgar poderes generales, lo que nos sitúa indirectamente ante un tercero cuyo poder general sólo puede haber sido otorgado por el Consejo. También la Ley 4/1999 de 30-3 de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, se refiere, en el art. 42, a la delegación en alguno de los consejeros, y en el 45 a la figura del Director, sin aludir a terceros.

La Ley Navarra 12/1996 de 2-7 hace una referencia indirecta al tema del recurso a un tercero en el que se delegan algunas facultades de la gestión, en el art. 31.1.f. cuyo texto se recoge en la nota a pie 126.

encaja perfectamente en el artículo 32.3 -54.2 LGC-¹²⁴, que admite el apoderamiento de terceros con relación a asuntos de gestión o dirección –generalmente a las gestoras no les interesa representar a la Cooperativa, sino simplemente gestionar, mediar o ejecutar actos de administración de la misma-. Se acepta el apoderamiento y la delegación de facultades de gestión, sin someterlos a los límites del art. 60.3¹²⁵ LGC, y se prevé la inscripción en el Registro de los poderes permanentes; aunque siempre queda el límite de la representación legal de la Cooperativa y los asuntos en que sea preceptivo el acuerdo de la Asamblea General. Incluso en aquellos casos en que sea precisa la intervención del Consejo y la Asamblea puede encargarse al tercero la ejecución de lo acordado, o la simple mediación como intermediario.

Interpretando el artículo 32 LC, respecto de la gestión externa, parece que lo más lógico es que el apoderamiento o la cesión de la gestión sea realizado por el Consejo Rector - es el Consejo el que debe apoderar o concertar la gestión por un tercero, respecto de sus facultades atribuidas por Ley -, y no por los propios socios de forma individual y previa o coetánea a su ingreso en la Cooperativa, aunque también puede

¹²⁴ "Art. 32.3. El Consejo Rector podrá conferir apoderamientos, así como proceder a su revocación, a cualquier persona, cuyas facultades representativas se establecerán en la escritura de poder, y en especial nombrar y revocar al gerente o director que representará a la Cooperativa. El otorgamiento, modificación o revocación de los poderes de gestión o dirección con carácter permanente se inscribirá en el Registro de Sociedades Cooperativas." También el 32.1 dispone que al Consejo Rector corresponde la "alta gestión, la supervisión de los directivos y la representación de la Sociedad Cooperativa."

¹²⁵ "Art. 60.3. La existencia de Director en la Cooperativa no modifica ni disminuye las competencias y facultades del Consejo Rector, ni excluye la responsabilidad de sus miembros frente a la Cooperativa, frente a los socios y asociados y frente a terceros. Las facultades conferidas al Director sólo podrán alcanzar al tráfico empresarial ordinario y en ningún caso podrán otorgársele las de: a) Fijar las directrices generales de actuación en la gestión de la Cooperativa, con sujeción a la política general establecida en la Asamblea General. b) El control permanente y directo de la gestión empresarial. c) Presentar a la Asamblea General la rendición de cuentas, la propuesta de imputación y la asignación de resultados y la Memoria explicativa de la gestión del ejercicio económico. d) Solicitar la suspensión de pagos o la quiebra."

Interpretábamos el artículo 60 LGC de forma amplia, entendiendo que sus reglas de actuación podían aplicarse extensivamente a las empresas gestoras de Cooperativas. La nueva LC ha eliminado esta posibilidad, aunque siempre nos quedan los límites y reglas del Consejo Rector, y la regulación de los contratos que con dichas empresas se celebren.

hacerse así, y de hecho ocurre. Los socios, reunidos en Asamblea, deben adoptar la decisión de admitir la delegación de la gestión –por imperativo del art. 21.2 LC-.

Si se trata de un apoderamiento expreso debería ser, en su ámbito, especial. Se admite en la práctica que el apoderado pueda nombrar sustituto sin desvincularse o transmitir el mandato, excepto que exista prohibición expresa para ello, lo que es dudosamente admisible y compatible con la prohibición del art. 36.2 LC que, respecto de los miembros del Consejo, prohíbe que puedan hacerse representar en las reuniones –si es así con ellos, qué no ocurrirá con terceros-.

Salvando la interpretación general expuesta sobre el artículo 32 LC –art. 54 y 60 LGC- la gestión encargada a una empresa gestora no ha sido regulada expresamente como tal por la actual legislación cooperativa, que únicamente alude a ella de forma expresa en el art. 91 -131 LGC- en materia de viviendas. Nos referimos a la gestión empresarial encargada a persona física o jurídica distinta de los miembros del Consejo Rector como uno de los supuestos en que es obligatoria una auditoría de cuentas. Esta ausencia prácticamente total de regulación no impide que la remisión del artículo 91.1.c), referido a la gestión externa de la Cooperativa, nos sitúe también –al igual que el art. 32- en un ámbito de inclusión y permisividad de esta figura, que debe someterse a ciertos límites.

La permisividad actual¹²⁶ expresada se contrapone a otras normas cooperativas como la de 1931, en que se prohibía expresamente la gestión por terceros, continuando la Ley

¹²⁶ Por su parte, las CCAA que cuentan con normas cooperativas propias no siguen un criterio homogéneo; o se olvidan de ello, o lo contemplan en similares términos a los de la LGC, o bien aluden al tema en relación al Consejo Rector en general:

La Ley del País Vasco (Ley 4/1993 de 24-6), no contiene ninguna referencia a este tema ni con relación a la auditoría en materia de viviendas, ni en general. Tampoco se refiere a ello la Ley 2/1998 de 26-3- de Cooperativas de Extremadura, ni en general ni respecto de las Cooperativas de viviendas.

de 1942 en una línea similar; y también a la LGC de 1987 admitía esta posibilidad aunque sujeta a determinados límites.

Planteadas estas breves premisas, mantenemos que la relación entre la Cooperativa y la gestora debería ser objeto de mayor desarrollo, en la normativa cooperativa, general o específica de viviendas, y abogamos por la aplicación a las Cooperativas en general del RD 2028/1995, así como de nuevas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales en la materia de gestión -la doctrina¹²⁷ admite los beneficios de este supuesto cuando la

La Ley 2/1999 de 30-3 de sociedades cooperativas andaluzas contempla, en el art. 138, relativo a los supuestos de auditoría de cuentas obligatoria en las Cooperativas de viviendas, el caso de gestión ajena a la Cooperativa. En relación a la gestión ajena, el art. 135 referido a las normas especiales del Consejo Rector, plantea en el apartado 3 la novedad de limitar las relaciones entre ésta y los órganos cooperativos: *"Las Cooperativas de viviendas no podrán otorgar poderes relativos a la gestión empresarial a personas físicas que tengan una relación laboral o de servicios o sean parientes de los miembros del Consejo Rector, hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sean cónyuges o parejas de hecho de los mismos, ni a personas jurídicas de las que sea socio o participe alguno de los miembros del Consejo Rector, su cónyuge, o un pariente de éstos comprendido en los grados antes mencionados, así como tampoco a quienes tuvieran una relación laboral o de servicios con las personas jurídicas en las que concurriera dicha circunstancia."* Además, tiene en cuenta el apoderamiento a tercero en general, en el art. 61.4.

La Ley Navarra 12/1996 de 2-7 no hace ninguna referencia al tema, aunque en el art. 37.1.f, con relación al Consejo Rector, prevé la fiscalización por este de *"forma directa y permanente la actuación de las personas físicas y jurídicas en las que haya delegado la gestión empresarial que en principio le corresponde."* El legislador navarro se sitúa más en el campo de delegación de la gestión que en el apoderamiento a terceros, lo que es positivo, delegación que depende del Consejo Rector, en la que puede incluirse el recurso a una empresa gestora.

El texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, Decreto Legislativo 1/1998 de 23-6, no prevé tampoco la gestión por terceros ajenos a los órganos cooperativos en la regulación específica de las Cooperativas de viviendas, ni con relación a la cuestión de la auditoría ni a ninguna otra.

En Cataluña, el Decreto 1/1992 de 10-2, que aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas, en su art. 98.c) recoge, en términos parecidos de auditoría externa obligatoria, que no iguales, esta cuestión, aunque se refiere a la gestión empresarial concedida mediante mandato: *"Si la gestión empresarial de la actividad inmobiliaria se ha concedido, mediante cualquier tipo de mandato, a personas físicas o jurídicas diferentes que los miembros del Consejo Rector o el Director."* La redacción es interesante, al referirse a la -gestión de la actividad inmobiliaria-, pero quiebra al imponer el límite de -cualquier tipo de mandato, porque puede ser otro el contrato por el cual se establezca la relación jurídica.

La Ley 5/1998 de 14-12 de Cooperativas de Galicia que, aparentemente no permite la cesión de la gestión a terceros, mediante ningún título, lo salva con el acuerdo de los 2/3 de la Asamblea, sin perjuicio de la cesión de cuestiones puntuales -art. 120.4-.

La Ley 4/1999 de 30 de marzo de Cooperativas de la comunidad de Madrid se refiere a la auditoría en cooperativas de viviendas en el art. 116.c, y en general admite el nombramiento de un Director., no de un tercero, y la delegación de facultades en algunos consejeros -art. 39 y ss-.

¹²⁷ PAZ, CANALEJO en PAZ, CANALEJO, N. VICENT CHULIÁ, F: *"Comentarios a la Ley General de Cooperativas"*: Tomo XX, vol. 3º, ... cit, pág. 698. Añade que *"la relativa invitación legal indirecta a la penetración gestora externa en las CV que este precepto revela (y que en parte explica, según dijimos, la dura regla de la gratuidad forzosa de los rectores, del art. 129.6) tiene como contrapeso o cautela antiabuso la exigencia de la auditoría de cuentas; en efecto, parece claro que los auditores han de pronunciarse también sobre la validez económica de la gestión o actuación (que resulta de la contabilidad) en los casos de heterogestión de la Cooperativa habitacional."*

Cooperativa contacta directamente con profesionales del sector, más que cuando se trata de intermediarios entre aquella y éstos (prefiere el mandato o servicios y no la mediación)-. Algunos temas puntuales de la gestión de la Cooperativa por un tercero, empresario o empresa, podría desarrollarse en la LC, al igual que hizo la LGC, disposición adicional 5ª, respecto de la institucionalización del letrado asesor¹²⁸, designado por el Consejo Rector, unido a la Cooperativa por arrendamiento de servicios o relación laboral o como socio de trabajo, que responde civilmente por negligencia profesional¹²⁹ frente a la Cooperativa, los socios y terceros; y también respecto del Director, apoderado del Consejo, en el artículo 60 y siguientes. También por las mismas razones de especialización se acude a la profesionalización de la actividad de auditoría de cuentas, aunque limitada sólo a algunos casos. Al igual que se lograba seguridad jurídica con el asesoramiento jurídico a la Cooperativa, la dirección controlada y las cuentas auditadas, se conseguiría lo mismo respecto de la gestión por una empresa ad hoc, su actuación, responsabilidad..., incluyendo algunas remisiones a la misma en la propia LC –algunas de las cuales estaban previstas en relación al Director de la Cooperativa en la LGC, y han sido eliminadas-. En este sentido podrían tratarse sólo aquellos aspectos estrictamente cooperativos y otros, de derecho privado, en aquellos casos en que la especificidad cooperativa imponga determinados criterios que deban respetarse en el contenido del contrato de que se trate o sus efectos. Dicho

¹²⁸ Regulan esta figura: el art. 73 de La Ley del País Vasco (Ley 4/1993 de 24-6), el art. 47 de la Ley 2/1998 de 26-3- de Cooperativas de Extremadura, el art. 46 del texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, Decreto Legislativo 1/1998 de 23-6, la disposición adicional 1ª de la Ley Navarra 12/1996 de 2-7, la disposición adicional 1ª de la Ley 9/1998 de 22-12 de Cooperativas de Aragón y el art. 57 de la Ley 5/1998 de 18-12 de Cooperativas de Galicia. No lo tratan la Ley de Cooperativas andaluza ni la catalana. La Ley 4/1999 de 30 de marzo de Cooperativas de la comunidad de Madrid se refiere a instancias consultivas o asesores en el art. 48 en general, y en el 117 respecto de las Cooperativas de viviendas.

La actual LC elimina la referencia a esta figura.

¹²⁹ PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÀ, F. "Comentarios a la Ley General de Cooperativas". Tomo XX, vol. 2º, ... *cit.* pág. 863. La opción de incluir, entre otras ya analizadas, la figura del letrado asesor, ha posibilitado, en opinión de CHULIÀ, el fomento de las Cooperativas impuesto por el art. 129 de la CE, y se ha realizado

contrato, si se entiende distinto o autónomo de los ya existentes, podría ser atípico por carecer de regulación, aunque parece preferible acudir a otros ya regulados.

La opción que en la actualidad podemos estimar, en ausencia de regulación expresa de la figura, consiste en interpretar extensivamente las normas que se refieren a la dirección y gestión de la Cooperativa, proponiendo su aplicación a las empresas gestoras, como personas jurídicas encargadas de la misma. Ya se opte por la modificación legislativa propuesta o por esta interpretación de la LC en cada caso concreto también se podrá acudir a las normas de contratos existentes que sean aplicables, mandato, arrendamiento de servicios... Vamos a plantear algunas cuestiones que se encuentran incluidas en las normas cooperativas y que podrían aclararse en beneficio de la actividad cooperativa y de la actuación de las empresas gestoras.

Como hemos reseñado, la actual LC permite el recurso a empresas gestoras, en los art. 32 y 91 -54, 60 (no incorporado) y 131 LGC- ya citados, permisividad opuesta a la prohibición de la Ley de 1931. La actuación de la empresa gestora será más o menos amplia desde el punto de vista jurídico, y podrá considerarse, en su caso, la de un promotor inmobiliario, o una representación con base en un mandato, un arrendamiento de servicios o contrato de gestión u otros, o de éstos sin representación, o una simple mediación técnica o material. Analizando los distintos momentos de la vida cooperativa:

Con relación a la promoción de la Cooperativa, realizada o no por futuros socios, en la LGC¹³⁰ anterior se planteaban dos opciones, permitir o prohibir la intervención de

basándose en su carácter social. Sus funciones son "dictaminar si son ajustados a Derecho los acuerdos que adopte la Asamblea y los del Consejo Rector que sean inscribibles en un Registro público".

¹³⁰La opción de obligar a todos los promotores a ser socios no nos parecía acertada tal y como estaba redactada la LGC, puesto que podría paralizar la promoción cooperativa. En tal caso, admitiendo que los promotores podían no ser socios -por ejemplo, los que son miembros de una empresa gestora-, podría establecerse expresamente la

promotores no socios, que suelen estar relacionados con la empresa de gestión. La nueva LC opta por la exigencia de que los promotores reúnan los requisitos para ser socios, y todos ellos constituyan la Cooperativa. Por ello la intervención de la empresa gestora en esta fase permanece separada de la de los socios fundadores. Esta es la tendencia de la LC, admitir la delegación permanente de la gestión, incluso desde el inicio, y cerrar la puerta a la incorporación a la Cooperativa como promotores de algunos miembros de la gestora, que podían desvincularse después –lo cual es positivo y separa claramente la actuación de Cooperativa y de gestora-. Surge la duda de cuales de las funciones de los promotores, especialmente en la relación con terceros, pueden delegarse en una empresa gestora, en el caso de que se opte por esta solución -como gestión de negocios ajenos sin mandato, posteriormente ratificada-. En este supuesto, pensamos que sería deseable que su actividad abarque asuntos en que intervengan como simples mediadores y ejecutores, y ello porque su propio contrato está pendiente de ser ratificado, aunque también pueden actuar como gestores, e incluso como representantes en alguna cuestión, por supuesto pendiente de ratificación.

En la relación que surge entre la Cooperativa ya constituida, y sus socios, con la empresa gestora deben tenerse en cuenta los principios establecidos en las normas cooperativas de imposición de limitaciones a los socios en general y a los órganos cooperativos por su actividad profesional incompatible con la actividad cooperativa. Esta circunstancia no es tan importante respecto de cualquier socio (sin embargo la LC la prevé en el art. 15.2.f permitiéndole ejercer la actividad competitiva si lo autoriza el Consejo Rector), pero si cuando el socio pretenda intervenir en los órganos de gestión

responsabilidad de cada uno de ellos por lo actuado, en casos de culpa o dolo, aunque no ingresen en la Cooperativa y aunque la Cooperativa asuma los actos realizados, al menos respecto de las cuestiones en que hayan participado sin oponerse o impugnarlas, y siempre estableciendo un plazo de tiempo razonable durante el cual se les puede exigir dicha responsabilidad, para evitar que estén vinculados a perpetuidad.

cooperativa, o pertenezca o tenga cualquier vínculo con una empresa gestora relacionada con la Cooperativa. En este caso, debería plantearse el conocimiento necesario por el resto de los socios, no sólo la autorización del Consejo, sino de la Asamblea, y su no oposición y, como dice el art. 26.8 LC –63 LGC- la imposición a dicho socio de la prohibición de votar en la Asamblea correspondiente. Por supuesto este socio no podrá formar parte del Consejo Rector de la Cooperativa, ni tampoco podrá ser Interventor por la incompatibilidad planteada en el art. 41.1.b) de la LC - 62.1.b) LGC, que también incluía en ella al Director- salvo que lo autorice la Asamblea. La incompatibilidad podría ampliarse en cualquier caso no sólo a todo vínculo profesional propio sino a aquel en que exista un vínculo personal familiar con profesionales del sector, supuesto más frecuente en la actualidad de lo que sería deseable¹³¹.

Con relación a la liquidación de la Cooperativa se plantea un problema similar. Debería aclararse si esta actividad puede ser ejercida por una empresa gestora –lo que no parece admisible, puesto que los liquidadores tienen que ser socios o asociados-, y con qué contenido –pueden realizarse actividades de mediación y ejecución de la voluntad de los liquidadores-.

En orden al ámbito de actuación de la empresa gestora, o de cualquier tercero encargado de la gestión, debemos distinguir según el órgano que tiene atribuida la competencia concreta a la que nos referimos, sea la Asamblea o el Consejo. En el caso de la Asamblea no parece posible delegar totalmente y en general la gestión de los asuntos, internos -de la Cooperativa o de la organización de la comunidad- o en la

¹³¹ Así ocurre en la STS. 29-6-1986 (Ar. 4793), aunque en la relación entre los órganos cooperativos y la empresa gestora de la Cooperativa, que tienen vínculos familiares entre sí. La Ley 2/1999 de 31-3 de sociedades cooperativas andaluzas plantea la prohibición de que los miembros del Consejo tengan relación personal o familiar con los encargados de la gestión –en nota a pie 62-.

relación con terceros, que precisen el acuerdo exclusivo, preceptivo e indelegable de aquella --art. 21.2 LC (43.2 LGC)-; aunque si podrá encargarse la actividad de mediación con terceros o la representación frente a ellos, o los aspectos de ejecución material de los acuerdos adoptados. En los asuntos en que no sea necesario el acuerdo de la Asamblea, pudiendo actuar el Consejo Rector en ellos como órgano cooperativo con “vis atractiva”, éste podrá encargarlos en su caso a un tercero.

La representación legal del Consejo y de la Cooperativa, que corresponde al Presidente o Vicepresidente, no parece que pueda transferirse a un tercero, al venir determinada por Ley. Es criticable en la nueva LC la exclusión de la limitación de los asuntos exclusivos del Consejo, facultades que la LGC¹³² no permitía que fuesen transferidas al Director o gerente al que sólo se le atribuye el tráfico empresarial ordinario. Estas expresiones, aunque referidas a la figura del Director, las considerábamos aplicables a la gestión delegada en cualquier tercero, limitada a asuntos concretos, y no general o permanente. Así, según la LC puesto que el Consejo Rector es el órgano de gobierno y administración de la Cooperativa, *podrá contratar con empresas gestoras la representación con o sin mandato, o con base en un arrendamiento de servicios, o el mandato o servicios sin representación o cualquier otra relación, referidas a asuntos de administración sin limitación* --se exige, en el art. 32.3 LC, la inscripción en el Registro de Cooperativas de todo lo relativo a los poderes de gestión o dirección con carácter permanente-, salvo la referida a materias competencia de la Asamblea o a la propia representación legal. También podría encargar a dicha empresa la mediación o la ejecución de las cuestiones decididas por la Asamblea. La supresión de los límites citados, que entendíamos podrían plantear incluso la exclusión de la gestión externa,

¹³² Contenido de dicho artículo en nota a pie 125.

cuando ésta sea permanente y absoluta –es decir la prohibición de los supuestos que puedan identificarse con una promoción inmobiliaria encubierta- debe interpretarse negativamente, salvo que realmente dicha promoción se regule en esta u otra norma – como pretende el Proyecto de Ley de ordenación de la edificación-. Quizá esta solución, aunque a posteriori, sea más útil que la que ofrecía la LGC.

También exigía la LGC, en su art. 60.4, que la responsabilidad de la empresa gestora por su actuación fuese exigible tanto por la Cooperativa, como por socios y terceros ajenos, en caso de dolo o negligencia o abuso de facultades; lo que nos situaba ante la regla general de la necesaria exigencia de diligencia profesional. La supresión de esta regla en la LC actual nos exige acudir a la regulación de los contratos civiles o mercantiles celebrados entre la Cooperativa y la empresa gestora para solucionar este y otros temas.

Hasta aquí la interpretación y aplicación de algunas normas cooperativas relativas a la gestión. Como puede observarse, las cuestiones planteadas pueden deducirse del estudio e interpretación de la regulación cooperativa vigente. Otras se han visto alteradas respecto de la LGC, por lo que, o deben modificarse, o conformarnos con acudir necesariamente a otras normas no cooperativas. Dichas normas no suplen, sin embargo, la carencia más importante, la limitación relativa a los asuntos respecto de los cuales se apodera o se plantea el mandato o contrato de servicios, que deben continuar siendo determinados, sin que se admita una remisión permanente o que afecte al control. Sólo podrá admitirse una delegación general de la gestión si la actividad que se contrata con la empresa gestora es simplemente de mediación técnica, sin representación, o de intermediación material o ejecución de lo acordado por la Cooperativa. De cualquier modo, la forma en que se delegan las actividades de gestión

no tiene porqué ser exclusiva y excluyente, pudiendo apoderarse sólo en relación a algunos aspectos concretos, contratar los servicios de administración de la gestora para otros, y admitirla como mediador respecto de determinadas cuestiones en relación con terceros. Generalmente todas ellas se presentarán unidas, siendo difícil diferenciarlas “a priori”.

2.1.2. RD 2028/1995 de 22 de diciembre.

Hay otras cuestiones que también deberían aplicarse a las Cooperativas de viviendas en general, completando la interpretación presentada de la LC, e imponiéndose a todas las Cooperativas de viviendas, al margen de su situación administrativa. Nos referimos a las previsiones y límites planteados por el RD 2028/1995 de 22 de diciembre, por el que se establecen las condiciones de acceso a la financiación cualificada estatal de viviendas de protección oficial promovidas por cooperativas de viviendas y comunidades de propietarios al amparo de los planes estatales de vivienda¹³³.

La Exposición de motivos¹³⁴ del RD plantea claramente el problema de la gestión de Cooperativas, que es su objeto. Se refiere a la necesidad de aportar normas en relación a algunos aspectos necesarios, y en las cuestiones de Derecho privado en las que no entra manifiesta que la regulación aplicable es la que corresponda en cada caso. Los

¹³³ BOE de 16-1-1996. Art. 131/1996.

¹³⁴ “La valoración positiva que en general merece el desarrollo de la política de vivienda no debe ocultar, sin embargo, la existencia de lagunas que obligan a una permanente actualización de las normas en las que aquella se ha ido plasmando. Tal es el caso de las promociones de viviendas llevadas a cabo por personas físicas que se agrupan en cooperativas de viviendas o en comunidades de propietarios para construir su propia vivienda, respecto de las cuales en no pocos casos la falta de capacidad de gestión o de recursos de los asociados o comuneros, aconseja y, hasta hace obligado, el asesoramiento de expertos para llevar a buen término la promoción, pero en las que no cabe desconocer la existencia de un fenómeno, como es la aparición de empresas cuyo objeto social es precisamente la gestión profesionalizada de tales cooperativas y comunidades de propietarios, que, aun siendo positivo para estructurar la demanda, puede conllevar el riesgo de desvirtuar el sentido solidario que caracteriza a estos tipos de asociación y a estas promociones de viviendas. En este sentido, y sin ignorar que la relación de los cooperativistas y comuneros con las gestoras de la promoción pertenecen al ámbito de las relaciones jurídico-privadas, es necesario establecer las normas que regulen otros aspectos que afectan al interés general de dichas promociones para uso propio, en tanto en cuanto aspiren a obtener las ayudas públicas que representa la financiación cualificada del Estado en materia de vivienda.”

asuntos que trata pueden resumirse en los siguientes, referidos a la relación entre las empresas gestoras¹³⁵ y las Cooperativas: forma y ámbito de esta relación, requisitos que deben cumplirse para acceder a la financiación, responsabilidad de las gestoras; además de alguna cuestión respecto de las Cooperativas -inscripción en el Registro de entidades promotoras de VPO de la CCAA que se trate, como exige el art. 1.1.a-. El RD se aplica a todo el Estado, según la disposición adicional única¹³⁶, en base al art. 149.1.13 de la CE, y el 149.1.6 y 8 para el caso del artículo 4.

Centrándonos en su contenido, y en aquellos temas que pueden ser de interés por afectar a la gestión externa de las Cooperativas:

Con relación a la forma de los contratos, el art. 1.1.b)¹³⁷ del RD exige que el mandato o poder de representación sean expresos y conferidos por escrito, lo que está previsto en el art. 32.3 LC -54.2 LGC-, y siempre en nombre y por cuenta de la Cooperativa y según sus instrucciones – al igual que los art. 32.3 y el 21. 2 cuyo contenido es más específico y completo que el art. 60.1 y 3 LGC-, prohibiéndose expresamente la sustitución, la irrevocabilidad del mandato o la exoneración de responsabilidad del

¹³⁵ CARRASCO PERIERA, A; CORDERO LOBATO, E; GONZÁLEZ, CARRASCO, C: "Derecho de la construcción y la vivienda" ... cit, pág. 431. "Con esta norma se pretende dar solución a la aparición de empresas cuyo objeto social es precisamente la gestión profesionalizada de tales cooperativas y comunidades de propietarios, que puede conllevar el riesgo de desvirtuar el sentido solidario que caracteriza a este tipo de asociación y, con ello, la necesidad de pérdida del derecho a obtener las ayudas públicas que representa la financiación cualificada del Estado en materia de vivienda para uso propio."

¹³⁶ "Este Real Decreto se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.13 de la Constitución, salvo el artículo 4, que será de aplicación plena de acuerdo con el artículo 149.1.6 y 8"

¹³⁷ Art. 1. "1. Las Cooperativas de viviendas promotoras de viviendas de protección oficial destinadas a uso propio para obtener financiación cualificada estatal al amparo de los Planes estatales de vivienda, deberán cumplir, además de los requisitos aplicables establecidos en las normas aprobatorias de dichos planes, las siguientes condiciones: b) En el supuesto de que las Cooperativas otorguen mandatos o poderes de representación para el desarrollo de la gestión de la promoción, tales mandatos o poderes deberán ser expresos y conferidos por escrito, los mandatarios o apoderados actuarán siempre en nombre y por cuenta de la Cooperativa y de acuerdo con las instrucciones de ésta, deberá constar expresamente en el contrato la prohibición del mandante de que el mandatario nombre sustituto y no podrán admitirse cláusulas de irrevocabilidad del mandato o poder, ni de exoneración de la responsabilidad del mandatario o apoderado."

mandatario¹³⁸ -irrevocabilidad y exoneración que se utilizan a menudo en la práctica-. Cuando el contrato sea de arrendamiento de servicios o análogo, el art. 1.1.b)¹³⁹ exige que si la Cooperativa resuelve, sólo indemnizará los perjuicios causados, sin posibilidad de que el contrato establezca otra penalización –lo que es frecuente en las Cooperativas-.

Las facultades derivadas de los contratos de mandato o arrendamiento de servicios o análogos, o del poder de representación, sólo abarcan actos de administración y no los de dominio o los que precisen el acuerdo del Consejo Rector o de la Asamblea General, en previsión impuesta por el mismo 1.1.b) del RD, en su segundo párrafo¹⁴⁰; que resuelve la duda de la extensión del mandato, especialmente respecto de los actos de dominio –cuestión ésta que podía deducirse de la interpretación de la LGC pero no de la LC actual-. Otro tema diferente serán los derechos de terceros de buena fe con los que contraten, que siempre prevalecerán.

¹³⁸ CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E; GONZÁLEZ CARRASCO, C: “Derecho de la construcción y la vivienda” ... cit, pág. 456. “Este Decreto trata de evitar que la interposición de una entidad gestora con autonomía de gestión frente al colectivo diera lugar a una situación en que la financiación fuese a parar a manos de una persona jurídica -distinta de la Cooperativa o la comunidad- con ánimo de lucro empresarial en la promoción. En este sentido, se exige que los mandatos concedidos por las Cooperativas o comunidades a favor de empresas gestoras sean revocables; no podrán prever exoneración de la responsabilidad del mandatario; no permitirán la sustitución del mandatario ni habilitarán a los mandatarios para actuar en su propio nombre. No se podrán prever cláusulas penales en los contratos de arrendamientos de servicios que tengan la finalidad expresada. El RD limita igualmente los actos a los que pueden extenderse los poderes, y garantiza las competencias de la Asamblea General para la adopción o ratificación de estos contratos. Exige que los miembros del Consejo Rector y al menos el 80% de los cooperativistas o comuneros reúnan las condiciones para acceder a la financiación cualificada. El conjunto de los pagos que efectúe el cooperativista o comunero imputables al coste de la vivienda (excluyendo las aportaciones al capital social y las cuotas sociales) no podrán exceder del precio máximo de venta fijado por la normativa correspondiente. Las cooperativas y comunidades no podrán transferir ni delegar sus derechos en las entidades gestoras. Los administradores o gestores contratados por estas cooperativas o comunidades (distintos de los órganos de éstas) serán responsables ante aquéllas y sus miembros por las gestiones desarrolladas en el ámbito de la financiación cualificada.”

¹³⁹ “Si se suscriben contratos de arrendamiento de servicios u otros análogos con la misma finalidad expresada en el párrafo anterior, la indemnización que, en su caso, proceda por resolución de los contratos a instancia de la Cooperativa, se limitará únicamente a los perjuicios que se hubieren ocasionado al prestador de los servicios, sin que sea admisible en los contratos cláusula penal alguna.”

¹⁴⁰ “Las facultades establecidas en los mencionados mandatos, poderes o contratos deberán referirse sólo a los actos de administración propios de la gestión de la promoción, sin que, en ningún caso, puedan extenderse a actos de dominio o a aquellos en los que sea preceptivo el acuerdo del Consejo Rector o de la Asamblea General de la Cooperativa.”

La celebración, aprobación, revocación o resolución de los contratos de gestión, y de otros que afectan a la construcción, precisa la aprobación de la Asamblea General o la ratificación por ella. Además, si el contrato de gestión existía antes de la inscripción de la Cooperativa, la primera Asamblea que se constituya debe aprobar o ratificar aquél, como prevé el art. 1.1.c)¹⁴¹ del RD –cuestión especialmente interesante ya que en la práctica la primera actuación realizada por el socio suele ser la ratificación del contrato de gestión-. En este sentido, se completa la norma del artículo 21. 2 LC como competencia exclusiva de la Asamblea, sin perjuicio de su nombramiento por el Consejo, según dispone el art. 32.3 LC -60.2 de la LGC referido al Director-.

Los administradores o gestores deben acreditar, para solicitar la financiación cualificada, la capacidad técnica y profesional de la gestora para llevar a buen término la gestión, exigidas por el art. 3¹⁴² del RD; capacidad que se verá respaldada por la exigencia del artículo 32.3 LC -60.2 LGC- respecto de su inscripción en el Registro de Cooperativas, aunque limitada a que sea de carácter permanente. El art. 4¹⁴³ del RD incluye una regla de responsabilidad especial para los administradores o gestores que sean distintos de los órganos de éstas, responsabilidad exigible por la Cooperativa o por sus miembros, cuando realicen actos contrarios a la Ley o a los respectivos contratos o

¹⁴¹ Art. 1.1: “c) En los casos en que los estatutos de la Cooperativa no atribuyan a su Asamblea general las facultades para su adopción, deberán ser ratificados por ésta los actos de aprobación y revocación o resolución, en su caso, de los contratos con la gestora, la adquisición del suelo, el encargo y aprobación del proyecto de obras, la elección de la constructora, la aprobación del contrato de ejecución de obras y la recepción de las obras. De existir en la fase de constitución de la cooperativa, y antes de la inscripción de ésta en el Registro de Cooperativas, contrato para la gestión empresarial de la promoción, el acuerdo de aprobación o ratificación a que se refiere el párrafo anterior será adoptado en la primera Asamblea de la cooperativa posterior a la inscripción de la misma en el citado Registro.”

¹⁴² Art. 3. “Las Cooperativas de viviendas y comunidades de propietarios, al tiempo de solicitar la financiación cualificada deberán acreditar convenientemente ante la Comunidad Autónoma la capacidad técnica y profesional de la gestora para llevar a cabo la gestión de la promoción, pudiendo aquélla pedir, en cualquier momento, el resultado de la auditoría prevista en la legislación de cooperativas.”

¹⁴³ Art. 4. “Los administradores o gestores contratados por cooperativas o comunidades de propietarios, distintos de los órganos de éstas, serán responsables en el ámbito exclusivo de las gestiones relacionadas con la financiación cualificada, de los daños que causen a la Cooperativa o a la comunidad o a sus miembros, por

sin la diligencia debida según la legislación civil o mercantil -esta norma es similar a la exigible a los profesionales, tanto en el arrendamiento de servicios como en el mandato- Similar criterio planteaba la LGC para el Director, en el artículo 60.4, y la LC no la ha recogido.

Se establecen otras limitaciones que afectan tanto a lo aportado como a los socios. Las cantidades aportadas a cuenta de la vivienda deben garantizarse, como establece el art. 1.1.d)¹⁴⁴ del RD, no pudiendo exceder éstas del precio de la vivienda, concretándose cuales son los gastos necesarios al respecto, en el art. 2.c)¹⁴⁵ del mismo. Los miembros del Consejo deben reunir los requisitos para acceder a financiación cualificada, art. 1.1.e)¹⁴⁶ del RD, por lo que deben ser socios idénticos a los demás –al igual que exige la LC en el art. 10.1.b, además de otros requisitos que podrán establecerse respecto de

actos realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo de conformidad con lo dispuesto en la legislación civil o mercantil."

¹⁴⁴ Art. 1.1. "d) Cuando la Cooperativa perciba de los socios, a partir de la calificación provisional de viviendas de protección oficial, durante la construcción, cantidades anticipadas a cuenta del coste de la vivienda, deberá garantizar las citadas cantidades". Esta norma, incluida para las VPO en el D. 2114/1968 de 24-7, es aplicable a las Cooperativas desde que el D. 3114/1968 de 12-12 lo estableció, y también es aplicable en general a la construcción libre, sobre la base del art. 7 del RD 515/1989 de 21-4 sobre protección de consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas: "En el caso de que la vivienda no se encuentre totalmente terminada se deberá poner a disposición del público y de las autoridades competentes copia del documento o documentos en los que se formalizan las garantías entregadas a cuenta según la Ley 57 1968 de 27 de julio". Este RD se ocupa de regular la información sobre la oferta, promoción y publicidad para la venta o arrendamiento de viviendas a consumidores, información que afecta a la vivienda, al vendedor, documentos, entrega de la vivienda y pago del precio y garantías.

MIRANDA CABRERA, A: "Manual del promotor inmobiliario". Comares, Granada 1997, pág. 85.

¹⁴⁵ Art. 2. "Serán, asimismo, condiciones necesarias para que las Cooperativas y comunidades de propietarios que promuevan viviendas de protección oficial para uso propio puedan acceder a la financiación cualificada estatal, las siguientes: c) Que, en ningún caso, el conjunto de los pagos que efectúe el cooperativista o comunero imputables al coste de la vivienda por ser necesarios para llevar a cabo la promoción y la individualización física y jurídica de ésta, incluyendo en su caso los honorarios de la gestión, podrá ser superior al precio máximo de venta o adjudicación de la vivienda, fijado de acuerdo con las normas vigentes sobre la materia. Se entenderán, a este respecto, por gastos necesarios los gastos de escrituración e inscripción del suelo y de la declaración de obra nueva y división horizontal, los del préstamo hipotecario, seguros de percepción de cantidades a cuenta y de amortización del crédito y otros de naturaleza análoga. No tendrán tal consideración las aportaciones al capital social, las cuotas sociales, ni las de participación en otras actividades que pueda desarrollar la cooperativa o comunidad de propietarios. El incumplimiento de la anterior limitación, sin perjuicio de la exigencia de la responsabilidad que proceda respecto de los órganos de la Cooperativa o comunidad y, en su caso, de la propia entidad gestora, será causa suficiente para interrumpir la financiación cualificada estatal, así como para la exigibilidad del reintegro de las ayudas económicas percibidas, con los intereses legales correspondientes."

¹⁴⁶ Art. 1.1. "e) Los miembros del Consejo rector de la Cooperativa deberán reunir los requisitos exigidos para acceder a la financiación cualificada de las viviendas."

profesión u otras circunstancias-, y para acceder a ella deben formar parte de la Cooperativa el 80% de los beneficiarios de las viviendas, art. 2.a)¹⁴⁷ del RD. Pensamos que es lógico y deseable que los miembros del Consejo sean socios idénticos a los demás, puesto que ello garantiza el interés en la buena gestión y en el ahorro cooperativo.

Los derechos que se reconocen a las Cooperativas y a sus socios no pueden transmitirse ni delegarse a las entidades de gestión, por prohibición expresa del art. 5¹⁴⁸ del RD -también debería ocuparse el legislador de garantizar que repercuta sobre los socios la cualidad de protegida de cualquier Cooperativa de viviendas, y las ventajas de la misma-.

En la regulación de este RD se plantean muchas cuestiones importantes para las Cooperativas en general, no sólo las subvencionadas, aunque el legislador no lo entienda así; cuestiones que pueden completarse con las vistas en relación a la LC. En resumen, son especialmente interesantes, en primer lugar, las referidas a la forma del contrato, la limitación en relación a la actividad profesional de socios, que podría ampliarse a sus parientes si el legislador lo estima oportuno, y que se convierte en prohibición si se trata de órganos cooperativos, los requisitos de socios exigibles a todos ellos, al margen de que sean miembros del Consejo, o incluso de otro órgano cooperativo aunque el RD no lo diga, y la necesidad de que formen parte de la

¹⁴⁷ Art. 2. "Serán, asimismo, condiciones necesarias para que las Cooperativas y comunidades de propietarios que promuevan viviendas de protección oficial para uso propio puedan acceder a la financiación cualificada estatal, las siguientes: a) Que se confeccione y presente la relación de, al menos, el 80 por ciento de los asociados o comuneros beneficiarios de las viviendas, con indicación de sus circunstancias personales y su número de identificación fiscal (NIF), sin perjuicio de que puedan existir socios o comuneros expectantes, debiendo cumplir todos ellos los requisitos necesarios para acceder a la financiación cualificada estatal que en cada momento se exijan. En los casos en los que se produzcan bajas, la sustitución de cooperativistas o comuneros sólo podrá efectuarse por personas que reinan, asimismo, los requisitos exigibles."

¹⁴⁸ Art. 5: "Los derechos reconocidos a las Cooperativas de viviendas y comunidades de propietarios, así como a sus socios o comuneros, al amparo de los Planes Estatales de vivienda, no podrán ser transmitidos a las entidades de gestión, ni delegados en éstas."

Cooperativa al menos el 80 por ciento de los socios. Debe recalcarse también la prohibición de sustitución, de irrevocabilidad y de exoneración de responsabilidad, responsabilidad que es exigible por la Cooperativa o los socios en caso de actos contra Ley o contrato, o de falta de diligencia debida por el gestor de conformidad con las normas civiles o mercantiles -responsabilidad que será aplicable a todos los actos de promoción y gestión, y que podrá estructurarse con relación a la regulación del tipo de contrato que se establezca y las normas de éste-, y la indemnización sólo de los perjuicios realmente causados a la gestora en caso de resolución del contrato, sin otras penalizaciones, incluso aunque se establecieran en aquél. Se concreta el ámbito de actuación a los actos de administración, excluyéndose en todo caso los de dominio o aquellos que precisen acuerdo de Asamblea o Consejo. En este sentido, pensamos que se puede ir más allá, al considerar que, en el caso de los actos de dominio o que precisen acuerdos de Asamblea o Consejo puede admitirse la contratación de una actividad de mediación técnica o material, y en el de actos de administración puede acudir a un mandato con o sin representación o a un arrendamiento de servicios -criterios que serían también aplicables a la actividad de promoción y liquidación-. Esta regla completa la LC, que ha suprimido las referencias a los límites y contenido de la gestión, cuya exclusión podría dar lugar a la promoción inmobiliaria encubierta. En la relación entre los socios y la Cooperativa se exige que los derechos que se les otorgan no se transfieran a las entidades de gestión, y que las cantidades aportadas para la vivienda, la masa de gestión económica, estén garantizadas y correspondan al precio de la vivienda -gastos necesarios determinados-. Sobre la cuestión del precio debería matizarse y concretarse la contraprestación debida a terceros que participen en las actividades de gestión, como gasto independiente del resto y necesario también,

excepto en las viviendas protegidas cuyas normas¹⁴⁹ lo suelen incluir en el precio. La gestora debe demostrar capacidad técnica y profesional para solicitar en su caso los beneficios cooperativos de financiación cualificada según el RD, demostración que en nuestra opinión podría ampliarse a cualquier Cooperativa de viviendas, que por el mero hecho de serlo es beneficiaria de la calificación de fiscalmente protegida¹⁵⁰, lo que revierte en una serie de beneficios nada despreciables. En este sentido, la LC plantea la auditoría de la Cooperativa de viviendas, pero debería incluir también el control de la gestora, mediante su inscripción en el Registro de Cooperativas, no sólo nominal sino conteniendo determinados datos que expresen la capacidad y profesionalidad requerida, aplicable no sólo a los supuestos de VPO sino a todos.

2.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo: promotor inmobiliario.

Aunque de forma escasa, llegan a nuestro Alto Tribunal algunos supuestos en que se reclama en base a la actuación ilícita de empresas gestoras de Cooperativas. Pueden distinguirse dos tipos de asuntos diferentes, los de fraude en la propia utilización de la figura cooperativa, y los de actuación ilícita de la gestora constitutiva de un ilícito penal o civil.

Es difícil distinguir “a priori” la actuación lícita de empresas gestoras profesionales, contratadas por la Cooperativa, de la situación de de derecho de una empresa de promoción mediante la utilización de un negocio indirecto, el de constitución de la

¹⁴⁹ Art. 16.c) y 21 del RD 2190/1995 de 28-12, plan 1996-1999. Art. 16.1.d) 23 del RD 1186/1998 de 12-6, plan 1998-2001.

¹⁵⁰ Art. 6 de la Ley 20/1990 de 19-12 sobre régimen fiscal de las Cooperativas: “1. Serán consideradas como **cooperativas protegidas**, a los efectos de esta Ley, aquellas entidades que, sea cual fuere la fecha de su constitución, se ajusten a los principios y disposiciones de la Ley General de Cooperativas o de las leyes de Cooperativas de las CCAA que tengan competencia en esta materia y no incurran en ninguna de las causas previstas en el artículo 13. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las normas contenidas en el Capítulo IV del Título III de esta Ley serán de aplicación a todas las Cooperativas regularmente constituidas e inscritas en el Registro de Cooperativas correspondiente, aún en el caso de que incurran en alguna de las causas de pérdida de la condición de Cooperativa fiscalmente protegida. En este último supuesto, las

Cooperativa, siendo la actividad real la promoción y construcción de viviendas¹⁵¹. La admisión de dicho abuso nos llevaría a las consecuencias de nulidad de los acuerdos adoptados, la disolución o descalificación de la Cooperativa, o en el mejor de los casos la comisión de una infracción grave si es posible encajar la conducta en alguna de ellas, consecuencias de difícil aplicación especialmente si la Cooperativa ha cumplido con su objeto. La gravedad de estas consecuencias, y el consiguiente perjuicio para los socios, podría situarnos también ante un fraude de ley¹⁵², con la correspondiente aplicación de las normas defraudadas si los afectados lo denuncian como efecto directo -en todo caso, el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la figura del promotor inmobiliario, y las normas de gestión o mandato mercantiles o civiles, aplicables a la empresa gestora en función de cuales sean sus facultades y la relación con ella-, e incluso la posible nulidad de las relaciones cooperativas en aquellos aspectos que sea necesario porque el acto realizado sea contrario a la norma defraudada como efecto indirecto -en este caso se trataría también de un acto contra la Ley-. Cualquiera que sea la solución adoptada las consecuencias son graves, y sólo caso por caso podrá averiguarse cual es la solución más adecuada. Salvo supuestos muy claros de fraude¹⁵³, habrá que intentar

Cooperativas tributarán siempre al tipo general del Impuesto sobre sociedades por la totalidad de sus resultados."

¹⁵¹ Supuesto planteado por VICENT CHULIÀ, como ejemplo de la constitución de una Cooperativa utilizada como negocio indirecto para obtener finalidades o beneficios que sólo a ella le son permitidos. PAZ CANALEJO, N. VICENT CHULIÀ, F: "Comentarios a la Ley General de Cooperativas": Tomo XX, vol. 1º. ... cit, pág. 157.

También se plantea el abuso por promotores inmobiliarios que encubren su actividad bajo la figura de una empresa gestora, para disminuir riesgos y eludir responsabilidades: BARJA PEREIRO, J: "Las relaciones jurídicas y económicas de las Cooperativas de viviendas de protección oficial y las gestoras de cooperativas" ... cit, pág. 200.

¹⁵² Realmente se trata de un acto en fraude de Ley, y no de un negocio simulado, si el negocio cooperativo es querido y buscado por las partes, que sólo pretender evitar la aplicación de una norma, respetando la letra: CAFFARENA LAPORTA, J: - "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales": dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, art. 7, tomo I, vol. 1º. Edersa, Madrid 1992, pág. 642 y ss.

¹⁵³ Así opina BARJA PEREIRO, J: "Las relaciones jurídicas y económicas de las Cooperativas de viviendas de protección oficial y las gestoras de cooperativas" ... cit, pág. 202, que se expresa en los siguientes términos: "En los claros supuestos en que de la total relación jurídica y de la forma en que se lleven a cabo las promociones inmobiliarias, se deduzca un indudable abuso de la personalidad jurídica de una cooperativa,

evitar esta calificación, acudir simplemente al levantamiento del velo, y aplicar las normas que aparentemente han sido excluidas. Ante el TS¹⁵⁴ se ha planteado algún caso de abuso que ha requerido la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo respecto a actuaciones de la Cooperativa -no sobre la persona jurídica como tal- pero no se refieren a la actuación de órganos cooperativos de gestión o empresas gestoras ajenas. En otros -no de Cooperativas sino de comunidades¹⁵⁵- se aplica la doctrina del fraude de ley, admitiendo que la empresa de gestión es realmente de promoción,

debieran los interesados instar su aplicación ante los Tribunales competentes, al objeto de que, de apreciar la existencia de una promoción fraudulenta, resuelvan condenar a la empresa gestora como si se tratara de un promotor cualquiera con ánimo de lucro, siempre que se produzcan graves perjuicios a los socios o copropietarios, como en el supuesto de que estén obligados a soportar en las viviendas adjudicadas graves deficiencias constructivas incluíbles en la ruina funcional o técnica del art. 1591 del CC, o cuando exista una gestión y administración dolosa o interesada de la gestora en la promoción, y en la ejecución y recepción de las obras, de la que se deriven graves perjuicios económicos para los cooperativistas... En ningún caso bastaría una o varias circunstancias aisladas para poder perseguir las promociones encubiertas en que se vulnera el espíritu cooperativo. Sólo sería posible cuando concurriera un conjunto de circunstancias de las que pudiera deducirse sin duda alguna. Atendidas, entre otras: la génesis de la formación y constitución de la Cooperativa y la iniciativa constituyente; la existencia de publicidad del gestor previa al nacimiento de la entidad; la previa propiedad de la empresa gestora del terreno, del proyecto de ejecución de obras, o de construcciones ya iniciadas; la forma y demás antecedentes del nacimiento y formalización del contrato y las estipulaciones del mismo; la forma en que se desarrolla la actividad promotora; participación positiva o negativa de los órganos de la entidad en la dirección del desarrollo de la promoción; independencia real entre los miembros del Consejo Rector y el gestor; relaciones de dependencia entre la empresa gestora y el contratista o empresa constructora; libertad de la entidad para la elección de ésta, del proyecto y de los materiales de obra, así como de los técnicos facultativos que intervienen en la ejecución; capacidad y autonomía del gestor para tomar decisiones ajenas al tráfico ordinario, y para intervenir y aprobar modificaciones o innovaciones de cierta importancia; actuación habitual del gestor también como promotor inmobiliario; identidad de domicilios sociales, teléfono, fax, personas de contacto y empleados, comunes a una pluralidad de distintas cooperativas, y no atribuible a promociones diferentes pertenecientes a una misma Cooperativa, o tratarse de promoción, fase o sección diferenciada de ésta, ni atribuible a corresponder a un mismo gestor contratado por todas ellas, etc."

¹⁵⁴ En el comentario de CAPILLA a la STS de 16-7-1987, relativa a una Cooperativa agraria que actúa mediante otra para eludir responsabilidades, manifiesta su desconfianza sobre esta doctrina del levantamiento del velo, al plantear la necesidad de configurarla de forma clara, con expresión de los supuestos en los que sería aplicable y sus condiciones. En el supuesto de la sentencia comentada la base jurídica es el abuso de derecho. CAPILLA RONCERO.F: "Comentario a la STS de 16-7-1987" en C.C.J.C. núm. 14, pág. 4827: "Se sigue, pues, echando en falta una adecuada construcción de los presupuestos que justifican el levantamiento del velo, según la doctrina de nuestro Tribunal Supremo. O, enfocando la cuestión desde la óptica que considero más adecuada, no existe una precisión adecuada en la fijación de los presupuestos que justifican la atribución y normal desenvolvimiento de la personalidad jurídica, con la consecuencia de inseguridad e incerteza a la hora de prever si en el futuro esta línea jurisprudencial se verá mantenida y, en caso positivo, bajo qué condiciones se seguirá descorriendo el velo de la personalidad". Tanto en este caso como el de las STS 16-7-1987 (Ar. 5795) y 5-10-1988 (Ar. 7381) se plantea la actuación de la Cooperativa utilizando la vía de otra Cooperativa o sección, lo que no es admitido por el Tribunal, que considera que es la misma Cooperativa quien actúa.

¹⁵⁵ STS 3-10-1996 (Ar. 7006), fundamento de derecho tercero. Esta sentencia se refiere a una Comunidad de propietarios promovida por una "empresa de gestión inmobiliaria", a la que califica, respecto de los adquirentes de las viviendas, como promotor-constructor, respondiendo en base al art. 1591 del CC, por aplicación de la doctrina del fraude de ley del art. 6.4 del CC. Cita las STS 1-10-1991, 28-1-1994 y 11-6-1994.

equiparable a efectos de responsabilidad al promotor-constructor, y no al mandatario o simple representante.

* En otros países también se han planteado supuestos semejantes de falsa cooperación.

Así, en Italia, la última modificación por Ley de 1992 del RD legislativo de 1947, ha incluido, en materia de Cooperativas de construcción de viviendas y sus asociaciones, el artículo 13 que intenta evitar o controlar los casos de “falsa cooperación”¹⁵⁶, por

¹⁵⁶ Según el comentarista de dicha norma, DABORMIDA, R: en ALPA, G Y ZATTI, P: “*Comentario al Codice civile. Leggi complementari*”. CEDAM Padova 1995, pág. 1123.

Esta situación había sido puesta de manifiesto por la doctrina italiana.

También RACUGNO se refiere a la existencia, en el ordenamiento italiano, de la Cooperativa con carácter de mutualidad y sin fin de especulación privada prevista en el art. 45 de la Constitución de 1947, que no puede asumir las dimensiones de una gran empresa, junto a la que se encuentran otras Cooperativas que no gozan de dichos caracteres, ni están sujetas a dicho artículo. Considera la autora que éstas podrían distinguirse, inicialmente, por el criterio del beneficio de los socios, que debe respetar un porcentaje máximo exigido por el Codice Civile, en el artículo 2518, en la formación de los Estatutos. Si este porcentaje de distribución a los socios es ilimitado, no se está respetando el fin mutualístico. Por interpretación “a sensu contrario” entendemos que, según esta autora, las Cooperativas no sujetas al artículo 45 de la Constitución si gozan de naturaleza empresarial. En relación a la distinción entre las verdaderas y falsas Cooperativas, según RACUGNO, no sirve como criterio la omisión de las requisitos exigidos en el art. 26 de la Ley de 1947 en los Estatutos de la Cooperativa, puesto que estos requisitos únicamente tienen significado a efectos de concesión de beneficios fiscales: RACUGNO, G: “*La responsabilità dei soci nella Cooperative*”. Quaderni di Giurisprudenza commerciale, AG Giuffrè editore, Milano 1983, pág. 118 y 126 y ss.

En relación con la concesión de facilidades fiscales a las Cooperativas de construcción promocionales, determinadas en el art. 26 de la Ley de 1947 (“Art. 26. A efectos tributarios se presumirá el mantenimiento de los requisitos mutualistas cuando en los estatutos de las cooperativas se establezcan las siguientes cláusulas : a) prohibición de distribución de dividendos superiores al interés legal que corresponda al capital efectivamente desembolsado. ; b) prohibición de distribución de las reservas entre los socios durante la vida de la sociedad ; c) aplicación, en caso de disolución de la entidad, del patrimonio social íntegro - deducido únicamente el capital desembolsado y los dividendos eventualmente producidos - a fines de utilidad pública conforme al espíritu mutualista.” MONTOLIO, JM: “*Legislación cooperativa en la Comunidad Europea*”, INFES, Madrid 1993.) que establece los requisitos para gozar de dichos beneficios, BASSI critica la opinión jurisprudencial, que ha interpretado relativamente dichos requisitos respecto a la inscripción de la Cooperativa en el Registro correspondiente, advirtiendo que su cumplimiento no implica que exista fin mutualístico, “en el caso pensado no subsiste por la evidente desproporción entre el número de viviendas construidas o proyectadas y el número de socios actuales, la cual determina finalidad especulativa”. BASSI opina que la interpretación de la presunción de mutualidad, cuando se contemplan en el Estatuto estos requisitos, debe ser absoluta y, así, ni la administración tributaria puede negar los beneficios si se cumplen los requisitos, ni la Cooperativa puede probar que cumple el fin mutualístico aunque no incluya uno de los requisitos en los Estatutos. La razón es, según el autor, respetar la función de la Ley consistente en simplificar la relación entre la Cooperativa y el fisco. BASSI, A: “*Commentario al Codice Civile*” diretto da Piero Schlesinger. Arts. 2511 a 2548: Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici. Giuffrè editore, Milano 1988. Pág. 135. En nota a pie el autor añade que, se ha considerado legítima por el Consejo del Estado la cancelación de los registros de la Cooperativa de construcción “promocional”, caracterizada por la desproporción entre el número de apartamentos construidos y el número actual de socios.

En relación a las Cooperativas de edificación, y antes de analizar los requisitos que pueden exigirse a los socios para inscribirse en la Cooperativa, debe tenerse en cuenta que, como pone de manifiesto BASSI (pág. 47 y 48), es necesario que prevalezca la actividad con los socios frente a la actividad con terceros, lo que es posible que no ocurra en las Cooperativas, por la indefinición “a priori” de la calidad de los destinatarios de las prestaciones sociales, como ocurre, según el autor, en las Cooperativas de edificación promotoras. “Esto sucede

ingresar como socios sujetos que no cumplen los requisitos, o ser utilizada esta figura por empresas¹⁵⁷ que pretenden exclusivamente vender viviendas. Es especialmente

- se piensa sobre todo en el sector de las Cooperativas de edificación "promotoras" - cuando de la desproporción entre el volumen de bienes producidos por la sociedad y el número de necesidades previstas de los socios, no de otros factores, sea deducible una implícita voluntad de la sociedad de destinar la propia actividad sobre todo a los terceros; cuando es decir, la empresa asume estructuras y dimensiones que claramente exceden de los intereses de los socios, obviamente en sentido mutualístico y no lucrativo, y cuando la misma atribución de la cualidad de socio suceda cuando el programa de empresa haya sido ya concebido y realizado (se piensa en campañas para socios que vienen programadas en el sector de edificación cuando la construcción de viviendas esté ya en marcha o hasta ultimada.). No obstante, como afirma SIMONETTO, si prevalece la actividad con terceros, ello podría hacernos pensar que nos encontramos ante un supuesto de especulación. Vemos que en otros países se tiene en cuenta que la calificación a efectos tributarios puede no ser cierta, o no tener efectos a nivel sustantivo.

BUQUICCHIO hace un estudio de esta situación en relación expresa a las Cooperativas de edificación. Afirma que la Cooperación en Italia, superada la crisis de 1960, ha ido degenerando en materia de construcción por diversas causas, entre las que cita la desorganización y fragmentariedad, la inserción de empresas de construcción o especuladores que utilizan la estructura cooperativa para obtener beneficios, así como la incertidumbre respecto al papel de las regiones. Según este autor, que analiza la evolución legislativa en las págs. 49 y ss (Código de comercio, Código Civil, Constitución, Ley 1947... con sucesivas modificaciones), el legislador se ha preocupado de los beneficios fiscales de las Cooperativas, y no ha dotado a las Cooperativas de construcción de una base orgánica. Opina el autor que ninguna Ley ha regulado las cooperativas de construcción en general y ello debe hacerse. BUQUICCHIO, M.: "Disciplina costituzionale della cooperazione. Le cooperative edilizie". CEDAM, Padova 1990. Pág. 5, 9 y ss.

También SIMONETTO ha estudiado casos de falsa cooperación, haciendo referencia expresa a las Cooperativas de edificación de casas populares y económicas, de las no sólo afirma su carácter no comercial, con ausencia de lucro especulativo, por mandato constitucional y legal, sino que plantea teóricamente la necesidad de estudiar algunos supuestos y posibilidades, comunes en la práctica y contrarios a estos principios básicos cooperativos. La ausencia de lucro especulativo justifica, según el autor, la concesión de ayudas de todo tipo a la construcción de dichas casas, en base a las condiciones económicas de los futuros adquirentes. **La existencia, en la práctica, de socios cooperativistas que persiguen la especulación (uno o incluso todos), vendiendo la vivienda a terceros a precio de mercado**, conlleva la producción de un ilícito civil y penal perseguible, tanto por el provecho obtenido por los beneficios estatales concedidos a la vivienda, como por el precio al que ésta se vende ilícitamente a un tercero. Critica el autor la inobservancia de la visión anterior por los tribunales, que no estiman la comisión de dicho ilícito en los casos de especuladores aislados: SIMONETTO, E.: "La Cooperativa". Padova, CEDAM 1986. Pág. 163 y ss.

¹⁵⁷ Se instituye "el Registro nacional de sociedades cooperativas de construcción de viviendas y de sus consocios", en el que habrán de inscribirse dichas entidades si pretenden obtener cualquier tipo de ayuda pública, estando dicha inscripción sujeta al cumplimiento de determinados requisitos establecidos en el artículo 13.7º, aunque en algunos casos el cumplimiento de dichos requisitos sea meramente formal. Dicho artículo prevé la institución de Un Registro Nacional, en el que deberán inscribirse las cooperativas de construcción que quieran gozar de beneficios estatales, queriéndose también intensificar el control sobre este sector. La razón es según D'AMARO en: T.: BASSI, A.: "La riforma delle società cooperativa". AG Giuffrè editore, Milano 1992, pág. 194 y ss.: "La Cooperativa de construcción ha constituido uno de los instrumentos privilegiados para la actuación de una política de favor para el acceso al bien vivienda por los más necesitados. Esto ha determinado, de forma más incisiva, beneficios y contribuciones estatales que facilitan la adquisición de áreas edificables, ventajas en los tipos crediticios concedidos por medio de préstamos beneficiosos o con tasas extremadamente bajas y con un plazo de restitución considerablemente largo. Para evitar fenómenos que distorsionen esta amplia masa de incentivos ha habido legislación especial... Esta normativa impone además del normal control sobre el respeto a los principios cooperativos, la vigilancia sobre la realización del programa edificatorio (proyecto de construcción y mantenimiento). Esto no ha sido suficiente para evitar fenómenos de falsa cooperación como las cooperativas de sujetos que no entran en la categoría protegida con fin de obtener beneficios de esta estructura societaria, y cooperativas de construcción que nacen de la iniciativa de una empresa que, después de constituir la sociedad sirviéndose de socios complacientes ha utilizado ésta como vehículo para colocar en el mercado las viviendas construidas, a través del mecanismo mutualístico de la asignación.

interesante esta norma por el paralelismo que tiene en nuestro país, no sólo con las viviendas de VPO e incluso VPT, sino también en las Cooperativas que construyen en régimen de “vivienda libre”, en que estos supuestos también se están produciendo y no son perseguidos, sea porque los socios especuladores adquieran la condición de socios y vendan la vivienda a terceros, o bien porque la especulación sea generalizada en la Cooperativa constituida, así como porque algunos socios se integren inicialmente en ésta para poder gestionar la Cooperativa sin pretensión real de adquirir una vivienda para sus necesidades, siendo su actividad profesional la de gestión de Cooperativas. La doctrina francesa también distingue¹⁵⁸, dentro de las Cooperativas, las verdaderas sin relación con los promotores, de las falsas creadas por iniciativa de los constructores,

El legislador de la reforma ha debido intervenir aportando correctivos a la disciplina de este tipo de sociedad, con fin de prevenir y reprimir los indicados fenómenos distorsionadores... Debe controlarse también el respeto a la mutualidad en la Cooperativa de construcción (como el control del número desproporcionado de viviendas respecto del número de socios que evidencia un claro intento especulativo)." También cita el caso de **socios fundadores que se dan de baja durante el desarrollo del programa de construcción, lo que evidencia según el autor un claro intento especulativo.**

También se establecen otros límites a dichas Cooperativas de edificación en el artículo 4 (prohibición de admitir socios no usuarios), artículo 18 (disolución de pleno derecho y pérdida de personalidad jurídica por no presentar los balances de los últimos dos años), artículo 15.1" (sujeción a control contable o inspección ordinaria anual), así como el artículo 22 que establece el número mínimo de socios (no inferior a 18) para beneficiarse fiscalmente.

¹⁵⁸ MALINVAUD, P y JESTAZ, P : "*Droit de la promotion immobilière*". Dalloz, Paris 1995, pág. 360. Respecto a las falsas afirman que "el procedimiento no tenía nada ilegal, no presentaba en sí mismo ni más ni menos peligro que el recurso a una sociedad de atribución no cooperativa. Todo lo más conllevaba una mentira publicitaria. Es por ello que el término de falsa cooperativa no debe tomarse en un sentido peyorativo. Si es cierto que algunas de estas sociedades sirvieron para ocultar operaciones deshonestas. **La técnica de promotores poco delicados consistía en agrupar sus clientes en el seno de una cooperativa sin entrar ellos mismos en esta sociedad, con la cual concluían contratos de prestación de servicios. A falta de una reglamentación legal, este contrato podía ser perfectamente leonino.** Como el promotor no era ni dirigente de la sociedad, ni cedente de partes sociales, escapaba a toda responsabilidad. Para él el beneficio, para los cooperativistas los riesgos. De estos escándalos, poco espectaculares porque no se trataba más que de pequeñas operaciones, pero numerosas y dañosas para los suscriptores. Una reforma se imponía por ello." Como crítica de la regulación de 1971, añaden que "para evitar que estas sociedades se conviertan en un instrumento de comercialización, la Ley prohíbe a los asociados ceder sus partes en construcción... llega a proteger al cooperador contra sí mismo... restringe la práctica de la puerta abierta... ha sacrificado tanto el riesgo del cooperador como el espíritu cooperativo... excepto en los casos en que el promotor es una sociedad de ILM o de economía mixta"

Además, en el Code se prevén, respecto a los constructores (sociedades civiles, de atribución y sociedades cooperativas de construcción), algunas normas penales interesantes en relación a aceptación indebida de pagos, desviación de éstos, prohibición de ser promotores a aquellos que hayan sido condenados por algunas infracciones, contemplando las sanciones o penas aplicables.

como origen de la regulación diferenciada de las Cooperativas de construcción dentro del Code y su relación con la promoción inmobiliaria.

Volviendo a nuestro ordenamiento jurídico, la mayoría de los supuestos que llegan a los tribunales obedecen a circunstancias no fraudulentas en la razón de ser de la Cooperativa, sino en la actuación de las personas que actúan por cuenta de ésta, lo que da lugar tanto a ilícitos civiles como penales. En ambos casos puede tratarse de la actuación del gestor como empresa, que es la más común, y también de la figura del empresario gestor, persona física individual.

Los ilícitos civiles pueden afectar o no a la relación con otros terceros. En primer lugar, en la relación entre la Cooperativa y la gestora, se han planteado, ante el TS, las cuestiones siguientes. Se exigen a la gestora determinadas cantidades por incumplimiento y la rendición de cuentas, en base a la gestión, mandato o comisión mercantil celebrada entre la Cooperativa y el gestor¹⁵⁹. En otros casos el incumplimiento probado de la empresa gestora provoca la resolución del contrato¹⁶⁰, contrato de arrendamiento de obras y servicios en la demanda, denominado por el Tribunal contrato de gestión -que afectaba a trámites administrativos, gestión de medios financieros, captación de socios e información de la gestión, con alta

¹⁵⁹ STS. 9-10-1989 (Ar. 6898). La exposición de hechos, recogida en el fundamento de derecho primero, nos sitúa ante un único gestor de la Cooperativa, en este caso agraria, que no prueba el destino dado a cantidades cooperativas. En el fundamento de derecho tercero el Tribunal mantiene la condena al gestor que no prueba la utilización del dinero, y es quien debe probarlo: *"no puede modificar el acertado criterio de la Audiencia al exigir la prueba a quien tiene la obligación de rendir cuentas como gestor, comisionista y mandatario y que, en un orden natural de las cosas, debe tenerla a su alcance"*.

¹⁶⁰ STS. 29-6-1986 (Ar. 4793). Es interesante destacar en esta sentencia 3 cuestiones, la relación familiar entre la gestora y la Cooperativa, la dificultad para definir el contrato, denominado arrendamiento de servicios y obras, contrato de gestión, con referencia a la comisión, y por último el incumplimiento que da lugar a la resolución (fundamento de derecho 4): *"Así pues, la impugnación de los hechos, es anecdótica, no desvía la argumentación básica de la sentencia, de una desafortunada gestión de la demandada, que manipulaba totalmente a la actora en toda su actuación, desde 1977 a 1984, con la mayoría de obras sin realizar, con toda la documentación retenida por la gestora que no consta que entregara a la Cooperativa, sino al juzgado de instrucción como consecuencia de las diligencias penales contra el factótum de ambas entidades, sin obtención de licencias definitivas, con una vía indirecta de compra de los terrenos en lugar de la adquisición directa por la Cooperativa, pérdida masiva de socios e incumplimiento de los plazos preformados."*

especialización- “como actuación de un comisionista que maneja fondos ajenos”, agravada la diligencia exigible a la gestora por la relación de confianza que provocaba que ésta estuviera dominada por la misma persona física que dirigía, con familiares suyos, la Cooperativa; o la resolución del contrato de asesoramiento, gestión y representación¹⁶¹. En otro supuesto se hace referencia al “contrato de gerencia” con el gestor, que reclama el pago de determinadas cantidades a la Cooperativa¹⁶². En ocasiones es la comunidad de propietarios¹⁶³ resultante quien reclama a la gestora, además de a la constructora y arquitectos por defectos en la construcción; ante lo cual el Tribunal mantiene la responsabilidad de la gestora, promotora, por la construcción sin admitir la responsabilidad de la Cooperativa. Como vemos no hay un criterio unánime sobre la denominación y contenido de la relación jurídica que existe entre la Cooperativa y la empresa gestora-gestión, mandato, comisión, arrendamiento de obra y servicios, gerencia-.

¹⁶¹ También se resuelve, por incumplimiento de la prestación de servicios, el contrato complejo de asesoramiento, gestión y representación celebrado entre la gestora y la Cooperativa, con la restitución, como cláusula penal, del 25% percibido en concepto de honorarios. Así, se admiten como hechos que “la obligación contrada... supone un haz de relaciones complejas, farragosamente descritas en el anexo 2 al contrato, y que se subdividen en apartados de a) Servicios de administración de obras; b) Jefatura de obras; c) Contabilidad; d) Asesoramiento Cooperativo; e) Gestión financiera; f) Gestión técnica; g) Gestión administrativa; i) Dirección y coordinación; los cuales a su vez se subdividen en subapartados, de los que es posible contar hasta 34.”; STS 31-12-1991 (Ar. 9272), fundamentos de derecho primero y segundo.

¹⁶² STS 27-5-1988 (Ar. 4349). Sin embargo, según expone el Tribunal, en el fundamento de derecho primero, no ha lugar al recurso, porque la Cooperativa ha cumplido con el pago de honorarios al gestor, como él mismo admite, reclamándose cantidades impagadas de las que no se determina su origen.

¹⁶³ STS 24-9-1991 (Ar. 6279). La gestora mantiene que ella era promotora legal, y la Cooperativa promotora real. El Tribunal, en el fundamento de derecho segundo, considera responsable a la primera: “El propio motivo en su desarrollo, reconoce que a actuación de la recurrente, consistió no sólo en la cesión de terrenos o solares para la construcción de las viviendas, sino en la gestión de la construcción –no en la construcción misma-, habiendo llegado a liquidar a la Cooperativa los saldos resultantes de la subvención, de donde se sigue que la “Cooperativa San Cristóbal” sólo tuvo una actuación coordinadora de los cooperativistas, futuros compradores y ocupantes de las viviendas, para allegar y administrar los fondos precisos para la construcción de las mismas, cuyos fondos, al menos en parte, se nutrían de las aportaciones individuales de dichos socios cooperativistas, como así cabe inferirlo del documento de 20 de marzo de 1976 y esa “promoción legal”, en la que se escuda la recurrente para su exclusión del círculo de responsables no se ajusta exactamente a los hechos incontrovertibles que se infieren de las documentaciones de venta de las viviendas que se hicieron a su propio nombre y la calificación oficial definitiva de las VPO, así como los expedientes administrativos por las deficiencias constructivas que se intitularon a nombre de la Asociación recurrente (inmobiliaria).”

Frente a terceros el planteamiento del TS es el siguiente: con relación al contrato de mandato, unido a la mediación, se plantea¹⁶⁴ la reclamación de cantidad de la empresa constructora a la gestora o coordinadora de la Cooperativa, admitiendo el Tribunal que aquella, y no ésta, responda como sujeto pasivo de la relación jurídico-procesal derivada del incumplimiento con la constructora. Respecto a la responsabilidad civil por la actuación del gestor con terceros, la gran mayoría de casos se refieren a la actuación de los órganos cooperativos de gestión, Presidente o consejeros, que actúan sin facultades en cuestiones en que es necesario un acuerdo de la Asamblea General y éste falta¹⁶⁵, o se duda sobre el destino del dinero a otros fines¹⁶⁶. Son supuestos de

¹⁶⁴ STS 5-6-1990 (Ar. 4732). Ante impago al constructor, éste reclama a la empresa gestora de la Cooperativa, encargada de la coordinación, recepción y pago de las mismas como mandatario y mediador. El TS admite la reclamación y no estima la excepción de litis consorcio pasivo necesario por no haber sido demandada la Cooperativa. Así, en fundamento de derecho segundo, expresa que *"la actividad de la entidad demandada, ahora recurrente, 'Yeregui S.A.' con relación al contrato de que emana la reclamación formulada por el demandante, ahora recurrido, don Antonio N. P., proviene de la consideración de coordinadora general que a aquella entidad demandada le fue encomendada por la propietaria de la obra 'Cooperativa de viviendas Pablo Iglesias', no demandada, con las amplias facultades conferidas de llevar a cabo, en nombre de la misma, el pago de las certificaciones mensuales y efectos a 90 días realizadas al término de cada mensualidad a través de dicha coordinadora 'Yeregui, S.A.', sin cuya conformidad no se verificaría pago alguno... lo que indudablemente es significativo, con relación a las obras afectadas por la reclamación en cuestión, de una situación de mediación y consiguiente mandato conferido a la meritada entidad demandada 'Yeregui, S.A.' por parte de la expresada propietaria de las obras 'Cooperativa de viviendas Pablo Iglesias', de conformidad con el art. 1709 del Código Civil, en cuanto que la tan aludida entidad 'Yeregui, S.A.' se obligó a prestar el indicado servicio de coordinación y pago en relación con las obras de que se viene haciendo mención por encargo de la precitada 'Cooperativa de viviendas Pablo Iglesias', lo que conduce a la improcedencia de la apreciación de situación excepcional de litis consorcio pasivo necesario por la circunstancia de no haber sido demandada la referida cooperativa... cuando la actividad desarrollada por el demandado fue la de mediador y mandatario éste es el único sujeto pasivo de la relación jurídico procesal derivada del incumplimiento de la obligación por dicho demandado contraída - en este caso 'Yeregui, S.A.' -, sin perjuicio claro está, de las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de las relaciones entre el mandatario - aludida entidad 'Yeregui, S.A.' - y mandante - la entidad 'Cooperativa de viviendas Pablo Iglesias' -."*

¹⁶⁵ Si hay duda respecto a si la actuación de los órganos cooperativos ha sido realizada con las suficientes facultades para ello, debe demandarse tanto a la Cooperativa como a la persona física que actúa, en este caso el Presidente, por si acaso le es exigible alguna responsabilidad: STS 3-12-1984 (Ar. 6022), considerando segundo.

Se plantea la cuestión de si la escritura de Propiedad Horizontal realizada por el Presidente con autorización del Consejo Rector, precisa también el acuerdo de la Asamblea. El Tribunal no considera que sea necesario, ya que no se trata de un acto de disposición: STS 25-5-1988 (Ar. 4334), fundamento de derecho tercero.

Si la actuación de las personas físicas que encarnan los órganos cooperativos excede de sus poderes de representación en la relación con terceros de buena fe, adquirentes de locales comerciales, la Cooperativa responderá, al margen de que pueda exigir responsabilidad a aquellos (miembros del Consejo Rector), al menos así lo ha entendido el TS en S de 30-12-1993 (Ar. 9912), fundamentos de derecho primero a octavo.

La actuación del Presidente de la Cooperativa sin facultades para ello, por faltar el acuerdo de la Junta que debía autorizarle para actuar, podría llevar a la nulidad de lo actuado. Sin embargo, en la STS 27-9-1995 (Ar. 6453),

responsabilidad exigida por el tercero a la Cooperativa, que responde, sin perjuicio de que después pueda repetir contra el órgano. Según el alto Tribunal la Cooperativa responde en todo caso, excepto que se demuestre la mala fe del tercero, incluso aunque las facultades vinieran limitadas por norma legal imperativa. Como puede observarse son asuntos que afectan a la actuación de los órganos cooperativos, y no a la gestión externa.

También han llegado ante el Tribunal Supremo, sala 2ª, supuestos de responsabilidad penal de los órganos cooperativos, en concreto el Presidente de la Cooperativa por apropiación indebida y falsedad en documento mercantil¹⁶⁷, o de la empresa gestora, en

fundamentos de derecho primero y segundo, el Tribunal mantiene la validez del préstamo hipotecario, contratado por el Presidente sin facultad expresa para ello, por razones de seguridad jurídica, puesto que el tercero no actuó de mala fe y debe verse protegido. La actuación del Presidente, otorgando escrituras públicas a algunos socios y a otros no (por falta de pago), es alegada por los socios afectados que demandan a la Cooperativa por ausencia de escritura, actuación ilegal del presidente y violación de la igualdad de derechos entre los socios. El Tribunal no admite la actuación ilegal del Presidente, que responde a un acuerdo de la Asamblea que no ha sido impugnado: 4-6-1992 (Juris. Civ 558), fundamentos de derecho primero y segundo.

En algún caso, sin hacer referencia exacta a si se trata del Director de la Cooperativa o de un miembro del Consejo Rector, se plantea la nulidad de lo actuado por éste en orden a la venta de un local de negocio a su cónyuge, sin solicitar la autorización a la Asamblea General, nulidad que es admitida por el TS, con restitución de las prestaciones recíprocas entre la Cooperativa y el tercero (cónyuge): STS 24-2-1992 (Ar. 1513), fundamentos de derecho segundo y tercero.

En la actuación del Presidente de la Cooperativa, celebrando un contrato de permuta sobre el solar, a cambio de viviendas, se alega por la Cooperativa, demandada por el tercero, que el Presidente se ha extralimitado en sus funciones. El Tribunal estima que, incluso en caso de extralimitación, puesto que la Cooperativa se ha beneficiado del solar, y ha construido una primera y una segunda fase sobre éste queda obligada por estos actos posteriores y por la repercusión económica que ha tenido sobre ella, beneficiada, que ha construido sobre este solar: STS 31-12-1994 (Ar. 10490), fundamento de derecho tercero.

¹⁶⁶ En la actuación de los órganos cooperativos representando a la persona jurídica se plantean cuestiones diversas. Su consideración es importante puesto que la Cooperativa actúa a través de ellos. Así, ante la realización de actos que puedan implicar un destino distinto del previsto para los fondos destinados a las viviendas, como es una hipoteca, el Tribunal estima que no es un destino distinto a los fines cooperativos, en les STS 27-1-1986 (Juris. Civ 31, fundamento de derecho octavo).

¹⁶⁷ En la mayoría de los supuestos en que se plantea la responsabilidad penal de los órganos gestores de la Cooperativa, generalmente el Presidente, la razón es la apropiación indebida, alzamiento de bienes o falsedad. Algunos no prosperan por falta de pruebas, tratándose en algún caso de defectos en la contabilidad: STS 27-11-1991 (Ar. 8569), 25-4-1991 (Ar. 2953), 22-11-1990 (Ar. 9079), 23-2-1988 (Ar. 1241), o por que se trata de uso ilícito civil sin existir una apropiación indebida de fondos cooperativos por no haberlos destinados los gestores a uso propio, aunque si a uso indebido, por mala gestión: STS 3-10-1990 (Ar. 7644), 21-10-1988 (Ar. 8377), 30-5-1997 (Ar. 4297), 2-7-1993 (Ar. 5691). En este último caso, el TS precisa, en el fundamento de derecho cuarto, que el control y seguimiento de la actuación de los órganos cooperativos debe realizarse por los órganos encargados al efecto, y la gestión en este caso cumple con el fin social de la Cooperativa.

En otros supuestos se produce una apropiación indebida, por el Presidente. Así, en el supuesto de la STS 23-2-1991 (Ar. 1405), fundamentos de derecho primero, sexto y séptimo. En este caso el Presidente incurre en falsedad en documento mercantil y apropiación indebida, gira letras de cambio ilícitamente, no auténticas ni

algún caso dentro de un contrato de servicios, respecto de la cual la Cooperativa es responsable civil subsidiario¹⁶⁸. Hay otros, especialmente importantes, que están pendientes de sentencia¹⁶⁹. Hasta el momento los supuestos conocidos por la sala 2ª no aportan gran cosa en materia de gestión cooperativa externa.

autorizadas por la Junta Rectora de la Cooperativa, falsificando las firmas, letras que suponían un beneficio patrimonial a su favor y al del constructor. También se estimó apropiación indebida en el caso de la STS 21-2-1991 (Ar. 1336), fundamento de derecho único. Aquí, el Presidente autorizado para inscribir la Cooperativa, dispone del dinero aportado por los socios para comprar el solar, para una compra personal. También en STS 19-6-1997 (Ar. 4849).

¹⁶⁸ En la STS 21-1-1993 (Ar. 1484), fundamentos de derecho primero, segundo y tercero, se plantea, ante el TS, un caso de socio fundador e interventor de cuentas de la cooperativa, empleado también de la empresa gestora encargada de la administración, al que se exige responsabilidad penal por estafa y apropiación indebida de fondos de la Cooperativa aportados por los socios para sus viviendas, y falsedad al imitar la firma del Presidente de la Cooperativa. El Tribunal mantiene la responsabilidad civil directa se exige al cónyuge del interventor, que utilizó el dinero, y la civil subsidiaria de la Cooperativa puesto que *"el aquí condenado como responsable penal, se encontraba en una situación de servicio en la que aquél, se hallaba potencialmente sometido a la posible intervención del responsable civil subsidiario, de quien recibía o debía recibir órdenes e instrucciones"*.

¹⁶⁹ Nos referimos al escándalo de la Cooperativa PSV "Promoción Social de Viviendas", constituida a instancia de UGT, gestionada por IGS "Iniciativas y Gestión de Servicios Urbanos, SA", afectada por delitos de apropiación indebida y estafa. Hay sentencias penales en primera instancia sobre actuación delictiva de los cargos directivos de PSV, y contenciosas del Supremo sobre sanciones a consejeros de IGS. En materia civil hay sentencia por negativa a reembolsar a un socio hasta que sea sustituido por otro: AP de Zaragoza 13-12-1994 (Ar. 2125).

De la documentación analizada en CONCOVI (Confederación de Cooperativas de Viviendas de España), y proporcionada amablemente por su director, D. Alfonso Vázquez Fraile (Revistas: "La sociedad cooperativa al día", "Viviendas cooperativas", "BIA" del Colegio Oficial de arquitectos), y de la visión de HERMOGENES, M y TORRES, A: "El agujero. PSV y los dineros de UGT". Temas de hoy 1995, puede deducirse lo siguiente: El escándalo no afecta a la Cooperativa como tal, sino a su gestión. IGS, en la cual se han producido las siguientes conductas, que han dado lugar a querellas de apropiación indebida, estafa y falsedad de documentos: la cooperativa que se creó era de ámbito estatal o nacional, con promociones en diversas CCAA, sin división de gestión, ni de patrimonios, como Caja Única, y ello cuando, en opinión del Sr. Vázquez, para que una cooperativa funcione no debe edificar en emplazamientos superiores a las 100 viviendas. La gestora se beneficia, no sólo de unos honorarios excesivos (12%), que además cobra por adelantado por servicios que todavía no ha prestado, sino de lo obtenido por la venta de los locales comerciales de todas las Cooperativas, que debería haber sido retornado a los socios. Además se observa la transferencia de dinero de las aportaciones de los socios a IGS, gestora. Se une a ello la utilización fraudulenta de lo aportado por los socios, obligatoriamente realizado en entidades financieras del grupo IGS, obligación fraudulenta en la que se ven implicadas otras empresas del grupo, IGS seguros, IGS crédito, IGS construcción..., que se benefician de la existencia de una Caja Única, destinándose los fondos aportados por los cooperativistas a asuntos que nada tiene que ver con la construcción de sus viviendas (especulación de terrenos, inversiones en el proyecto de la "Esfera Armilar" de Valdebernardo, adquisición de edificios varios). La gestora IGS realiza funciones de promotor inmobiliario, comprando suelo, constituyendo hipotecas, contratando empresas constructoras, presentando documentos para permisos, licencias... En el contrato celebrado con el socio, calificado de "contrato vivienda" se observan irregularidades como las siguientes: no se entregan Estatutos, la adjudicación de la vivienda provoca obligatoriamente la baja del socio, no existe separación contable y patrimonial de las fases cooperativas, el precio se determinará en cualquier caso según el coste real de la promoción (sin aludir a los casos de VPO) aportándose las cantidades a cuenta en una cuenta ahorro vivienda que debe abrir cada cooperativista en IGS mercado hipotecario...

La irregularidad de los comportamientos anteriores, especialmente el carácter de "macrocooperativa", con única caja, contabilidad y patrimonio dio lugar a la aparición de recelos entre constructores y entidades financieras, con la consiguiente paralización de la construcción, financiación y licencias de los Ayuntamientos y las pertinentes demandas de los cooperativistas, cuyos derechos se han visto protegidos por la intervención del

En general en materia civil, que es la que a nosotros nos interesa, el Tribunal Supremo, en los escasos supuestos de actuación de empresas gestoras que han llegado hasta él, no muestra una única línea en la consideración de la relación entre la Cooperativa y la gestora, refiriéndose a esta como contrato de gestión o gerencia, arrendamiento de servicios, mandato con o sin representación, comisión o mediación. La razón puede ser la dificultad de definir la relación, o bien la imposibilidad de “encorsetarla” en un único contrato, puesto que presenta aspectos y perfiles distintos según cada asunto, el objeto de la gestión, los sujetos que intervienen, sus efectos... En cualquier caso, el Tribunal no aplica las normas cooperativas, pudiendo hacerlo –los art. 21, 32 y 91 LC citados (54, 60 y ss y 131 LGC)-, sino que acude directamente a las de obligaciones y contratos –entre otros el mandato o el arrendamiento de servicios-.

En íntima relación con lo anterior se encuentra otra posibilidad que se ha planteado en alguna ocasión, y que legalmente se admite en otros ordenamientos como el francés: considerar a la gestora como un promotor inmobiliario, aunque se trata de una opción que sólo sería admisible en algún caso, sin que sea deseable extrapolarlo a todos, al menos “a priori” –aunque la referencia a la gestión permanente inscribible en el Registro y la supresión de límites de ésta en la LC nos haga dudar-. En nuestro ordenamiento jurídico, en la actualidad, la posibilidad de la promoción inmobiliaria sólo puede considerarse tal y como la entiende el Tribunal Supremo, que distingue al promotor “puro”, de otras figuras, y ello porque nuestras normas no hacen referencia a esta figura –exceptuando las normas administrativas sobre VPO-. Ante la inexistencia de regulación –nos referimos a las normas de construcción y su gestión y de contrato de obra- la jurisprudencia se ha encargado de elaborar un concepto de promotor

gobierno, que accede al levantamiento de la quiebra cuando UGT avala con sus bienes a la Cooperativa, y por el crédito concedido por el ICO.

inmobiliario, y los diversos tipos de éste; y en algunos de ellos encajan las Cooperativas y las gestoras. Los fallos del Tribunal Supremo en relación a la promoción son interpretados por la doctrina, que además aporta sus argumentos. El promotor es el que construye o encarga la construcción para sí, o para venderla a terceros¹⁷⁰. Según la doctrina¹⁷¹ pueden distinguirse varios tipos de promotor; el promotor-constructor, que construye por sí mismo y enajena a terceros las viviendas resultantes; el promotor-vendedor, que encarga la construcción a un tercero, que él venderá a su vez después a terceros; y el promotor-mandatario, que *“por cuenta del dueño o dueños del suelo se encarga de gestionar la edificación, contratar con contratistas, gestionar la financiación, etc., para la ejecución de la edificación a favor de sus mandantes”*. Estos tres tipos de promotor, el constructor, el vendedor y el mandatario actúan *“empresarialmente, esto es, asumiendo los riesgos de la actividad desempeñada, con fin de lucro y para poner en el tráfico las viviendas y locales edificados”*, y desde el punto de vista contractual asumen la posición jurídica de comitente, aunque frente a los adquirentes de las viviendas la responsabilidad exigible es la del contratista¹⁷². Diferente

¹⁷⁰ DIEZ PICAZO, I.; GULLÓN BALLESTEROS, A: “Instituciones de Derecho Civil”. Vol. I/2. Tecnos, Madrid 1998, pág. 331 y ss. TORRES LANA, JA: “Comentarios al Código Civil”: art.1583 y ss, tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1183. ofrece una definición amplia en la que caben muchos tipos de promotores: *“persona física o jurídica, privada o pública, que facilita la edificación de todo tipo de viviendas, bien para su venta a terceras personas, bien para sus asociados, etc., localizando terrenos edificables, buscando capitales, poniendo en conexión a los propietarios de solares con constructores o capitalistas, facilitando compradores, etc.... La realización profesional de una actividad empresarial convierte al sujeto que la despliega en promotor aunque, formalmente, se autocalifique como mero dueño de la obra (así, promotor de comunidades que actúa con un poder irrevocable de los demás copropietarios. Compárese el caso de la auténtica cooperativa en la que no hay actividad empresarial en sentido estricto al faltar el ánimo de lucro.”* También repite esta definición, SALVADOR CODERCH, P: “Comentarios al Código Civil”: art. 1588 y ss., tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pág. 1183. Citan los autores la definición de promotor aportada por la STS de 25-2-1984. DEL ARCO TORRES, MA Y PONS GONZÁLEZ, M: “Derecho de la construcción. Aspectos administrativos, civiles y penales” ... cit, pág. 102.

¹⁷¹ Planteamiento de CAPILLA, F: “Derecho Civil. Obligaciones y contratos”. Redactado por BLASCO, F; CAPILLA, LÓPEZ, A; MONTÉS, VL; PRATS, L; ORDUÑA, J; ROCA, E; VALPUESTA, MR. Tirant lo Blanch. Valencia. 1998, pág. 754-5.

¹⁷² Cita CAPILLA las STS de 5-10-1990 (Ar. 7472), 30-9-1991 (Ar. 6075), 1-7-1993 (Ar. 5784) y 29-9-1993 (Ar. 6659). Todas ellas expresan la equiparación del promotor con el contratista a efectos de exigir responsabilidad los adquirentes de las viviendas (Las sentencias no afectan a Cooperativas de viviendas).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R: “Comentario a la STS de 13-4-1984”, en C.C.J.C núm. 6, pág. 1841 y ss. Es un supuesto de reclamación por ruina al promotor-comitente, no constructor, el TS admite su

de ellos es, según CAPILLA, el promotor-mediador, "*quien se encarga de gestionar la edificación a favor de Cooperativas de viviendas, comunidades, etc., a cambio de una retribución pero sin sacar al mercado las viviendas y locales, sino distribuyéndolas entre los comuneros o socios.*" El Tribunal Supremo, sin embargo, se refiere a este concepto de promotor-mediador estimando que se caracteriza porque no pretende destinar las viviendas al tráfico obteniendo beneficios, sino a sus socios. Este es el caso de la Cooperativa, lo que no afecta a la consideración de ésta como promotor para uso propio, sin ánimo de lucro, formada por sus socios que son también promotores, y como dueña de la obra frente a terceros. Una visión del promotor mediador tal y como la entiende CAPILLA puede llevar a incluir en él a las empresas gestoras de Cooperativas, que quedarían excluidas de la responsabilidad exigible al resto de promotores, lo que sólo sería admisible en los casos en que la empresa gestora actúe exclusivamente como tal mediador, sin asumir otras funciones. Parece más deseable la consideración de las gestoras como promotor-mandatario, lo que supone la identificación, a efectos de responsabilidad, con el resto de promotores, siéndole exigible por los propietarios de las viviendas la responsabilidad del artículo 1591 del CC, además de las derivadas de la relación contractual entre ellos. Por supuesto nos referimos a la consideración como promotor-mandatario cuando sea posible, no cuando se trate de un mediador o un arrendamiento de servicios determinados, contratado con

responsabilidad. BERCOVITZ no se muestra conforme con esta opción, al considerar que esta doctrina jurisprudencial es excesiva e injusta por las siguientes razones, no ha construido, ha contratado su construcción sin participar directamente en la misma, no tiene respaldo legal e identifica al promotor-comitente con los constructores, lo que supone imponerle una responsabilidad mayor que a éstos, de la que sólo se libra si prueba que esos sujetos han sido los causantes de la ruina, y en caso contrario si no han tenido causa pero no lo ha demostrado antes, responde él y no puede repetir contra nadie. Se reitera en lo dicho respecto del promotor que no construye y encarga la construcción a un tercero en el "*Comentario a la STS de 29-6-1987*", en C.C.J.C núm. 14, pág. 4711 y ss.

CARRASCO PERERA, A. CORDERO LOBATO, E. GONZÁLEZ CARRASCO, C: "*Derecho de la construcción y la vivienda*" ... cit, pág. 158: Expresan que la responsabilidad contractual del promotor es más rigurosa que la del contratista de obra, puesto que responde también si la vivienda no reúne las condiciones pactadas, según

la empresa gestora al igual que con otros profesionales, en cuyo caso sería injusto hacerles responder en tal sentido¹⁷³. En relación a la calificación de la Cooperativa existe jurisprudencia del TS que admite que la Cooperativa que encarga la construcción a un tercero es dueña de la obra, ajena a la calificación de “promotor-constructor¹⁷⁴”, y que puede considerarse un promotor-arrendador¹⁷⁵, o un promotor-mediador¹⁷⁶, al que

el art. 1258 del CC. En las páginas siguientes se desarrolla el régimen de responsabilidad de los sujetos intervinientes, comitente, constructor, promotor, adquirentes de las viviendas, técnicos...

¹⁷³ Incluso, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R: “Comentario a la STS de 13-6-1984” en C.C.J.C núm. 6, pág. 1841 y ss, opina que es injusto en caso de que se trate realmente de un promotor-mandatario o promotor-comitente.

¹⁷⁴ Así la STS 20-2-1989 (Ar. 1212), fundamentos de derecho segundo y tercero, y STS 6-3-1990 (Ar. 1672) fundamentos de derecho segundo y tercero. En la de 1989, el TS afirma que “la figura del promotor-constructor ha sido perfilada por esta Sala en reiterada jurisprudencia tanto en orden a determinar su responsabilidad en art. 1591 del Código Civil como a quien ha de calificarse como tal promotor-constructor... ostenta tal cualidad el que por su cuenta y en su beneficio, encarga la realización de la obra a un tercero, intención de destinar las viviendas y locales construidos al tráfico con terceros compradores para obtener beneficio económico que falta en la actora, Sociedad Cooperativa... la misma Cooperativa; se configura ésta, en consecuencia, como mera dueña de la obra legitimada frente al contratista y técnicos intervinientes en la construcción para exigir frente a ellos la responsabilidad nacida al amparo del art. 1591 del Código civil.” La sentencia de 1990 recoge la argumentación de la sentencia de 20-2-1989, y citando el art. 103 del Reglamento de Cooperativas de 1978 que plantea que las viviendas cooperativas son exclusivamente para los socios, afirma que “carece la Cooperativa de viviendas del carácter de promotor-constructor a los efectos del art. 1591 del CC frente a los socios cooperativistas.” En similares términos se expresa el Tribunal en sentencia de 8-6-1992 (Ar. 5168), en el fundamento jurídico segundo, aludiendo ya al promotor-mediador, como único caso en que quiebra, por ausencia de intención lucrativa en la mediación, la equiparación del promotor con el contratista a efectos de responsabilidad, aunque no dice expresamente que la Cooperativa de viviendas responda a este tipo.

Sólo podría considerarse promotor-constructor la Cooperativa que asuma la función de constructor.

CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E; GONZÁLEZ CARRASCO, C: “Derecho de la construcción y la vivienda” ... cit, pág. 168-9; No se muestran favorables a la irresponsabilidad de las Cooperativas de viviendas por ruina, citando las dos sentencias del párrafo anterior, y basándose además en el D. 3114/1968 y la Ley 57/1968 que las califica de promotor. No estamos de acuerdo con esta opinión, porque la calificación de promotor no lleva aparejada la responsabilidad exigible a otro tipo de promotores. Además, la STS de 8-5-1995 (Ar. 3942) que se cita como ejemplo de ruina ocasionada por la Cooperativa constructora, es un caso distinto del resto, en el cual la Cooperativa asume la función de promotor-constructor, además de las societarias y de representación que le corresponden por el mero hecho de ser cooperativa.

¹⁷⁵ STS. 17-7-1990 (Ar. 5890), fundamento de derecho segundo. Se califica como promotor-arrendador frente al arrendatario-constructor. Comentada por CABANILLAS SÁNCHEZ, A: “Comentario a la STS de 17-7-1990” en C.C.J.C núm. 24, pág. 931 y ss, que se refiere a la jurisprudencia del TS sobre la legitimación de los adquirentes de viviendas para reclamar la responsabilidad del art. 1591, y duda de la reclamación de la Cooperativa en relación a la ruina, Cooperativa que por supuesto no responde de ella. En este y otros casos, la Cooperativa podría accionar por incumplimiento del contrato de obra. Tampoco está de acuerdo en la legitimación activa de la Cooperativa mediadora frente al constructor, por vicios del art. 1591 en viviendas ya adquiridas: GONZÁLEZ CARRASCO, MT: “Comentario a la STS de 9-4-1996” en C.C.J.C núm. 42, pág. 979 y ss. La autora se muestra a favor de una legitimación indirecta para actuar en defensa de los intereses de los socios, pudiendo actuar como administradora de la comunidad de propietarios en régimen de PH, y también califica a la Cooperativa como promotor-mediador.

¹⁷⁶ STS 1-10-1991 (Ar. 7255), fundamentos de derecho primero: “La jurisprudencia reconoce la inexistencia, en la fecha de publicación del CC, del denominado actualmente promotor-constructor... A esta figura compleja se le ha contrapuesto la del simple promotor-mediador, cuya intervención no viene guiada por la intención de destinar las viviendas al tráfico, transmitiéndolas a terceros compradores para obtener beneficios

no se le puede exigir responsabilidad por circunstancias de la obra. Algunos autores proponen la calificación de la Cooperativa como promotor, aunque no le sea exigible responsabilidad por ruina. Mantienen que responden por ruina “*las sociedades de gestión inmobiliaria que promueven en virtud de poderes irrevocables otorgados por los dueños del suelo*”¹⁷⁷. Incluso en algún caso, aunque no con referencia a Cooperativas de viviendas, el TS¹⁷⁸ considera promotor-constructor o vendedor a las empresas de gestión inmobiliaria, que responden por la ruina del art. 1591 del CC, lo que podría admitirse en Cooperativas realmente promovidas por éstas.

En conclusión, al igual que en la jurisprudencia se ha clarificado la posición de la Cooperativa, podría hacerse lo mismo respecto de las empresas gestoras, considerándolas un supuesto de promotor-mandatario cuando actúen como tal, al margen de la denominación empleada para calificar el contrato, mandato o arrendamiento de servicios. En los casos en que el contrato sea un simple mandato, mediación, arrendamiento de servicios o un contrato mixto de ambos se acudiría a ellos, sin olvidar la aplicación previa de las normas cooperativas que afectan a la gestión. Cuando no pueda calificarse de promotor, tratándose de un simple mandatario o prestador de servicios, deberán llevarse hasta el final las consecuencias de la

económicos, supuesto en el que podrían estar incluidas ciertas Cooperativas dedicadas exclusivamente a procurar viviendas a sus socios, constituyendo la aportación de cantidades por sus componentes, una derrama del costo de la construcción. Estos criterios aparecen reforzados por las SS de: ...” En el fundamento de derecho primero se refiere a la ausencia de lucro en el promotor-mediador que le aparta del ámbito de aplicación del art. 1591 del CC.

¹⁷⁷ CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E; GONZÁLEZ CARRASCO, C: “Derecho de la construcción y la vivienda” ... cit, pág. 177

¹⁷⁸ STS 3-10-1996 (Ar. 7006), fundamento jurídico tercero: “Las sociedades de gestión, cuando de hecho son auténticas promotoras, según el sentido jurisprudencial, no pueden quedar excluidas de la responsabilidad decenal por el hecho de interponer, mediante un contrato de adhesión, la figura de la Comunidad de propietarios, si ello además, como ocurre en el supuesto de autos, reviste la finalidad fraudulenta de evitar que se les aplique el art. 1591 del CC.”. También STS de 15-10-1996 (Ar. 7111), fundamento de derecho segundo: “No es posible admitir que por medio de artificiosidades jurídicas, se pueda eludir la jurisprudencia de esta Sala que extiende al promotor-vendedor las responsabilidades por vicios ruinógenos con la creencia de figuras interpuestas, sea en forma de gestoras inmobiliarias u otras semejantes, cuyo propósito... sea impedir o traspasar aquellas responsabilidades.”

aplicación de estos contratos, y de la representación si ha sido conferida como complemento a las normas cooperativas. También podría estimarse la existencia de un contrato atípico de gestión de cooperativas, con elementos de los contratos citados, incluso con notas de las figuras del promotor- mediador o mandatario en su caso.

2.3. Remisión a otros contratos y contrato de gestión.

Los sujetos que intervienen en la relación de gestión externa son generalmente la Cooperativa y la empresa gestora. No obstante la relación de gestión puede haber sido contratada individualmente por cada socio. Es más lógica y acertada la primera solución, porque responde a la esencia cooperativa, siendo el Consejo Rector, el órgano encargado de apoderar o delegar la administración que le ha sido conferida, siempre que la Asamblea lo haya acordado. En pura teoría, y al margen del contenido, la relación jurídica se celebra entre la Cooperativa, representada por el Consejo Rector de la misma, y la empresa gestora. En los casos en que se deleguen cuestiones que afecten a la representación de la Cooperativa, puesto que el Consejo de la misma es quien la ostenta, el será el que delegue, aunque siempre debería estar conforme el socio, conformidad que presta de forma individual o colectiva, mediante acuerdo de la Asamblea general. En algún caso se acude a la relación directa socio-gestora¹⁷⁹, especialmente cuando se otorga respecto de la misma no sólo la gestión sino también la

¹⁷⁹ LEÓN ALONSO, JR: “*Comentarios al Código Civil...*”, art. 1709 y ss ... *cit*, pág. 457 y ss. En este caso podrían plantearse varias posibilidades. Nos referimos aquí a las que no admitimos como aplicables al supuesto cooperativo. Podría tratarse de una pluralidad de mandantes, los socios, respecto de un único mandatario, la gestora, pero no parece que pueda admitirse esta hipótesis puesto que no se cumplen los requisitos de la pluralidad de mandantes y la solidaridad exigida por el CC, al no existir unidad de acto en el mandato, ni tampoco es admisible la solidaridad, que no parece ser el régimen querido. También puede entenderse que el mandato otorgado por una pluralidad de mandantes, respecto del objeto de una persona jurídica que representa sus intereses y en la que ingresan, se convierte en un mandato con mandante único, aunque colectivo. Se habla en ocasiones del mandato colectivo, cuyo objeto es único e indivisible, por lo que su inicio y fin debe responder al común acuerdo de los mandantes, lo que no ocurre en el caso cooperativo.

Nos inclinamos a pensar que se trata de una pluralidad de mandatos, constituidos en actos sucesivos y con objetos análogos pero diversos. En este caso, el régimen entre los mandantes no es la solidaridad, sino la mancomunidad.

representación de la Cooperativa en algún asunto, haciéndose referencia entonces a un contrato de “mandato y gestión”.

El contenido de la relación jurídica entre la gestora y la Cooperativa puede ser muy variado, referido a la promoción, gestión, e incluso liquidación de la Cooperativa y de la construcción, y a la administración de una Cooperativa ya existente, o la adquisición de viviendas ya construidas para la Cooperativa. Nosotros nos hemos centrado en las actividades de promoción y gestión de la construcción, las más comunes en nuestro país, a las que suele unirse la gestión de la Cooperativa. La relación puede comprender diversos aspectos o sólo alguno de ellos, y el contenido será diverso según los pactos que se establezcan sobre el tipo de contrato, duración, facultades, actividades, tipo y forma de ejecución, provisión de fondos y rendición de cuentas, retribución, responsabilidad, garantías... En cualquier caso, la naturaleza jurídica de dichos contratos dependerá, no de su denominación sino del contenido de sus prestaciones, con las limitaciones y previsiones vistas en la LC, las normas de VPO, y las de propiedad horizontal.

Al margen de la cuestión de las normas aplicables, sobre la que ya observamos una dualidad normas cooperativas – regulación civil de obligaciones y contratos, es preciso centrarse en la relación jurídica que surge entre la empresa gestora y la Cooperativa. Ésta puede responder formalmente a tipos muy diversos, relación laboral, contrato de gestión o servicios, mandato, o contratos atípicos mixtos que mezclan relaciones distintas y prestaciones diferentes.... Al margen de cual aceptemos, lo que dependerá del caso concreto sin que se pueda establecer una regla general, debe tenerse en cuenta que la empresa gestora, sea empresa o empresario individual dedicado a la gestión, tiene una dedicación profesional habitual y permanente a dicho objeto, que ejerce en

nombre propio, y de la cual obtiene beneficios económicos para sí; lo que nos situará, en muchos momentos, en el ámbito de la mediación, comisión o agencia mercantil¹⁸⁰, sin perjuicio de que sus normas puedan completarse con las civiles generales del contrato de servicios y la representación en su caso. Las empresas gestoras suelen ser personas jurídicas dedicadas profesionalmente, en nombre propio, a la actividad de gestión, servicios o ejecución del mandato de Cooperativas. Las personas físicas dedicadas profesionalmente a la actividad de gestión podrían actuar también como arrendatarios de servicios, al igual que ocurre con otras profesiones, sin que les sean aplicables las figuras mercantiles citadas.

En la mayoría de los casos el contrato puede ser tanto un mandato como un arrendamiento de servicios, ya que la actividad de gestión, inicialmente en manos de los órganos cooperativos, puede encargarse a un tercero que actúa con o sin representación de la Cooperativa, o bien contratar sus servicios de gestión, como obligación de actividad y no de resultado. Entendemos que se contratan servicios determinados que no deberían suponer un control permanente de la Cooperativa por la empresa gestora, y que no pueden abarcar actos de disposición o que necesiten el acuerdo de la Asamblea General o supongan una cesión del control o directrices

¹⁸⁰ Así, "las relaciones jurídicas y económicas de las gestoras y cooperativas se desenvuelven en la esfera y el ámbito jurídico privado y mercantil, por ser el gestor en todo caso, o un empresario individual o una sociedad mercantil, y por unir al gestor y a la cooperativa o comunidad de propietarios, sin duda alguna, un contrato mercantil de prestación de servicios. La empresa gestora podrá adoptar las formas de, empresario individual, o de sociedad mercantil en sus diversas clases...": BARJA PEREIRO, J: "Las relaciones jurídicas y económicas de las Cooperativas de viviendas de protección oficial y las gestoras de cooperativas" ... cit, pág. 95.

En la pág. 205 y ss se refiere a las conclusiones de la estadística realizada por el autor sobre la promoción colectiva: así, como datos interesantes pueden resumirse los siguientes: el 96% se realiza mediante arrendamiento de servicios y el 3% mediante un mandato, a los que se aplica la legislación mercantil y en defecto de ésta la civil. Plantea la imposibilidad de que exista una relación entre el letrado asesor y la empresa gestora. El 85% de los gestores son SA, el 11% son SRL y el 3% empresarios individuales. Respecto a las áreas de gestión, el 88% abarca la promoción y constitución de Cooperativa y todo lo relativo a terrenos, construcción, financiación, del resto, un 8% no se ocupan de la gestión de terrenos, y un 4% tampoco de la contabilidad cooperativa.

generales ejercidas por el Consejo Rector –límites impuestos por la LGC para la dirección unipersonal, art. 60.4, que deberían haberse incorporado a la nueva LC-. No obstante, como ya hemos dicho, ya se pacte un mandato, un arrendamiento de servicios o un contrato mixto, la relación es mercantil, por ser la empresa gestora un empresario con dedicación profesional, habitual y permanente a prestar sus servicios, como actividad por la que obtiene la contraprestación económica pactada, aunque ésta sea menor a la del resto de promotores inmobiliarios, especialmente cuando se trata de viviendas protegidas limitadas en su precio por las normas que las regulan - retribución¹⁸¹ con provisión de fondos para ello y reembolso de lo pagado anticipadamente-. También puede mantenerse la existencia de un contrato innominado de gestión, en el que se unen contenidos diversos como el asesoramiento, coordinación y servicios de gestión empresarial, con o sin la representación de la Cooperativa.

En aquellos casos en que la especial situación del gestor le permita dedicarse a todos los servicios de la promoción, gestión y construcción de las viviendas y de la Cooperativa, deberemos plantearnos si no se trata de un caso de promotor inmobiliario del tipo que sea, y como tal debe ser tratado, cuestión a la que nos referiremos en el siguiente apartado al tratar el ordenamiento jurídico francés.

Pese al abanico ofrecido, las posibilidades más utilizadas y frecuentes en la relación entre la Cooperativa y la empresa gestora son el arrendamiento de servicios y el

Aunque se prevea lo contrario, en algún caso el letrado asesor es sustituido por el asesoramiento de la empresa gestora.

¹⁸¹ BARJA PEREIRO, J: *“Las relaciones jurídicas y económicas de las Cooperativas de viviendas de protección oficial y las gestoras de cooperativas”* ... cit, pág. 191 y ss. Según este autor, los sistemas de determinación de la retribución o precio de la gestión, como elemento esencial del contrato, son distintos: precio alzado, en función de: la duración de la gestión, del proyecto, del presupuesto de ejecución material, del coste total de construcción, del coste total de la promoción, de los precios de las viviendas, de las actividades contratadas. El pago puede ser aplazado o mediante entregas a cuenta, o mixto de ambos.

mandato¹⁸². En la actualidad no se admiten como diferencias entre mandato y arrendamiento de servicios, ni la representación, ni la remuneración, ni los actos, ni la subordinación, sino otros criterios como la sustituibilidad en el mandato, que no existe en el contrato de servicios¹⁸³. PUIG BRUTAU¹⁸⁴ se refiere al actuar por cuenta de otro gestionando intereses ajenos frente a terceros, propio del mandato, del actuar para otro prestándole un determinado servicio, servicio propio aunque se realice a favor del principal; además afirma que las relaciones de mandato y arrendamiento de servicios son respectivamente bilaterales con estructura triangular o exclusivamente bilaterales. La distinción no es tan importante ya que ambos contratos pueden presentarse de forma combinada, y no tienen porqué ser excluyentes. La relación de la empresa gestora con la Cooperativa puede ser, tanto de mandato, de estructura triangular, frente a terceros, como de arrendamiento de servicios, bilateral, pudiendo existir ambas individualmente o combinadas. Dentro del mandato, lo más común sería un mandato no representativo, quedando la facultad de representación en manos de la propia Cooperativa, de sus órganos. La admisión de un mandato representativo es peligrosa y dejaría sin apenas facultades a la propia Cooperativa, circunstancia a la que se añade el respeto necesario a la representación legal de la Cooperativa.

En la pág. 214, en la estadística sobre la gestión de Cooperativas, se ofrecen los datos de que el beneficio medio de las empresas gestoras es un 5% del precio de la vivienda, oscilando entre el 5,5% y el 11,5, aplicándose generalmente el 8 o el 10%.

¹⁸² LEÓN ALONSO, JR: "*Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*"; art. 1709 a 1739, tomo XXI, vol. 2º. Edersa, Madrid 1986, pág. 32 y ss. En la distinción entre ambos contratos, LEÓN ALONSO distingue las siguientes notas. El contrato de mandato tiene como objeto la realización de actividades jurídicas, no materiales. La eficacia del mandato se produce frente a terceros, puesto que se trata de una actuación del mandatario por cuenta ajena, y los negocios que persigue son ajenos. El arrendamiento de servicios puede tener por objeto actos materiales o jurídicos. El arrendatario actúa por encargo pero por cuenta propia, y no tiene matiz representativo. También puede tratarse de un contrato de gestión, atípico mixto de mandato y arrendamiento de servicios, con notas de ambos.

¹⁸³ LUCAS FERNÁNDEZ, F: "*Comentarios al Código Civil...*"; art. 1544 y ss, ... *cit*, pág. 218. También en "*Comentarios al Código Civil...*"; art. 1583 a 1587, ... *cit*, pág. 45.

¹⁸⁴ PUIG BRUTAU, J: "*Fundamentos de Derecho Civil*". Tomo II. Vol. II. Bosch, Barcelona 1982, pág. 395 y 402. A esa opinión se adhieren los autores citados.

Aunque formalmente se hable del mandato, debe plantearse previamente¹⁸⁵ la cooperación de hecho, nuncio, y la material o técnica, mediación. Puede ocurrir que la cooperación sea de hecho, actuando la empresa gestora como un mero transmisor de voluntad frente a los terceros; pero, sin embargo, desde el momento en que la gestora se encarga de la administración del objeto social, la construcción de las viviendas, no es posible considerarla un mero transmisor de voluntad, un intermediario. Podría tratarse de una cooperación de tipo técnico, complementaria o ajena a la eficacia del negocio, conducente a hacer converger la voluntad de la Cooperativa y la de los terceros, sin facultad para estipular o contratar con ellos. Este tipo de actuación, de mediación, es realizada en múltiples ocasiones por la empresa gestora.

La relación laboral entre la empresa gestora y la Cooperativa no es posible. Sólo en algún caso, en que la gestión sea realizada por una persona física, puede interesar a la Cooperativa contratarla, temporalmente o no, para la realización de asuntos de la misma y/o de la construcción de las viviendas. No parece que este vínculo sea demasiado rentable ni aconsejable, salvo determinados supuestos que pueden responder a él.

2.3.1. Mandato.

En aquellos casos en que la relación entre la Cooperativa y la empresa gestora sea constitutiva de una cooperación de derecho, un contrato de mandato, la gestora queda obligada a la administración de los intereses de la Cooperativa, de forma interna y/o en la relación con terceros -frente a terceros actúa más bien como mediador, al no ostentar la representación de la Cooperativa, y al no interesarle implicarse demasiado en el

¹⁸⁵ LEÓN ALONSO, JR: "*Comentarios al Código Civil...*"; art. 1709 y ss ... *cit.*, pág. 27 y ss. En pág. 40 y ss, continúa el autor distinguiendo la actividad del mediador del mandatario, figuras recogidas en el ámbito mercantil.

negocio-. La gestora puede no estar facultada para actuar en nombre de la Cooperativa, por ausencia de poder, o estar facultada para actuar representando a la Cooperativa, quedando aquélla obligada a actuar por cuenta de otro y facultada a hacerlo en nombre ajeno frente a terceros¹⁸⁶. Generalmente, aunque la denominación elegida sea el mandato, éste suele tener como contenido una actividad de gestión interna y de mediación frente a terceros.

El contrato de mandato concertado entre la Cooperativa y la empresa gestora suele ser expreso, y se instrumenta en documento privado. El consentimiento puede venir manifestado por la Cooperativa en general, o por cada socio en el momento de inscripción en la persona jurídica. Aunque se trate de un mandato, la relación jurídica entre la Cooperativa y la gestora tiene carácter retribuido, no gratuito, y el montante de la retribución no es excesivamente alto. Como ya hemos dicho, el límite legal impuesto al contenido o ámbito del mandato celebrado con la gestora viene determinado por los actos de disposición y los que precisen el acuerdo preceptivo de la Asamblea General (con la LGC también los que impliquen un control permanente o general), aunque en la práctica, en la actuación del mandatario, estos límites sólo serán oponibles y eficaces frente a terceros con mala fe probada, que conocían o debían conocer los límites. Según esta visión –admitida legalmente, y fomentada por el TS- la Cooperativa queda, casi siempre, vinculada con los terceros con los que contrata la empresa gestora - exceptuando los supuestos citados de límites legales no respetados y de terceros con mala fe probada¹⁸⁷-. Como notas que pueden añadirse a las expresadas deducidas de la LC, debe tenerse en cuenta que, si la actuación de la empresa gestora, inducida,

¹⁸⁶ LEÓN ALONSO, JR: “Comentarios al Código Civil...” art. 1709 y ss ... *cit.* pág. 30. Recoge el autor la opinión de Albaladejo, y de la jurisprudencia sobre la materia.

admitida o permitida por la Cooperativa, afecta a terceros ajenos a ambos, dentro del ámbito de responsabilidad extracontractual, también responden mancomunada o casi siempre solidariamente ambas, mandante y mandatario¹⁸⁸, y ello aunque la LC no diga nada; responsabilidad que es amplia, objetiva, sin culpa. Además, en virtud del art. 1726 del CC, el mandatario, en este caso la empresa gestora, es responsable frente al mandante, la Cooperativa, tanto si su actuación es dolosa como negligente o no diligente, dando lugar a la reparación de los daños causados probados por el mandante -en términos similares al artículo 60.4 de la derogada LGC-.

La empresa gestora, mandatario, desde que acepta asume una obligación de actividad, no de resultado. Responde del cumplimiento de dicha actividad, así como del incumplimiento, parcial con resultados lesivos para la Cooperativa, del desistimiento desventajoso aunque esté justificado y del incumplimiento total¹⁸⁹. También queda obligada a rendir cuentas, informar y restituir a la Cooperativa las sumas que utilizó en tiempo oportuno, y a utilizar los fondos para usos de la Cooperativa y no propios.

El prototipo de los contratos de gestión es el mandato, aunque en el ámbito mercantil destacan los de comisión, agencia o mediación. La opción del mandato, mercantil o civil, no es demasiado lógica. El mandato representativo puede plantear problemas de colisión con la representación otorgada por la Ley al Consejo Rector y a su presidente, y por supuesto no podría abarcar determinados actos, salvo con poder expreso y determinado respecto de ellos; sin embargo, su admisión es interesante desde el punto de vista de los órganos gestores de Cooperativas, que delegan algunos aspectos de su

¹⁸⁷ En este caso aunque el TS, para proteger a los terceros de buena fe, no tiene en cuenta los límites legales, parece que, en pura teoría, debiera admitirse que éstos son exigibles frente a cualquier tercero respecto del cual se demuestre que podía y debía conocer.

¹⁸⁸ LEÓN ALONSO, JR. “*Comentarios al Código Civil...*”; art. 1709 y ss. ... *cit.*, pág. 344 y ss, sobre responsabilidad extracontractual del mandatario.

actividad en una empresa profesionalmente dedicada a ello, lo que obliga a la empresa gestora a desplegar toda la actividad necesaria para lograr el objetivo buscado, y cuyos efectos se proyectan en la esfera del principal, por cuenta del cual se actúa¹⁹⁰. La Cooperativa podría realizar la gestión por sí misma pero decide encargarla a un tercero. El mandato no representativo no será habitual, ya que a la gestora no le interesa asumir ningún tipo de responsabilidad, aunque sea temporal y pueda repercutir sobre la Cooperativa. Por supuesto, debido al carácter mercantil de la empresa gestora y su actividad, ésta sería un comisionista mercantil¹⁹¹. La comisión o mandato mercantil se orienta hacia la realización de actos jurídicos por cuenta del comitente, ya sea en nombre propio o ajeno.

2.3.2. Mediación.

Aunque no se haga prácticamente ninguna referencia a ello, la empresa gestora puede asumir también las funciones de un mediador mercantil¹⁹², por supuesto libre, que relaciona a la Cooperativa con terceros, en orden a futuros contratos u otros asuntos que deban celebrarse con aquéllos. El mediador no representa ni contrata con nadie,

¹⁸⁹ LEÓN ALONSO, JR: “*Comentarios al Código Civil...*”; art. 1709 y ss ... *cit*, pág. 207 y ss.

¹⁹⁰ La producción de efectos en la esfera del mandante es la nota que diferencia al mandato del contrato de prestación de servicios, según dispone el TS, en opinión de CAPILLA, F: “Derecho Civil. Obligaciones y contratos”... *cit*, pág. 748. También LEÓN ALONSO, JR: “*Comentarios al Código Civil...*”; art. 1709 y ss ... *cit*, pág. 36.

¹⁹¹ El art. 244 considera comisión mercantil al mandato que “tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador de comercio el comitente o el comisionista”, en este caso la empresa gestora es el comisionista. URÍA, R: “Derecho Mercantil”. Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 741 y ss. El comisionista, como mandatario, tiene como encargo una actividad jurídica y no cualquier otra, según SÁNCHEZ CALERO, F: “Instituciones de Derecho Mercantil”. Vol. 2. Mc Grau Hill, Madrid 1997, pág. 143. La comisión es un contrato de gestión de los intereses del otro: GARRIGUES, J: “Curso de Derecho Mercantil”. Tomo II. Madrid 1983, pág. 104.

¹⁹² URÍA, R: “Derecho Mercantil”... *cit*, pág. 54. En la pág. 747 y ss afirma que la mediación es mercantil por la naturaleza de los contratos que promueve o facilita el mediador. La mediación se caracteriza por ser una actividad material, contratándose esta actividad y no un resultado. SÁNCHEZ CALERO, F: “Instituciones de Derecho Mercantil”. Vol. 2, ... *cit*, pág. 169, plantea que “*el mediador trata de facilitar la conclusión de un contrato... acerca a las partes para que sean ellas las que contraten, no para suplantar a alguna de ellas.*” GARRIGUES, J: “Curso de Derecho Mercantil”, revisado por SÁNCHEZ CALERO, F. Tomo II. Madrid 1983, pág. 126, plantea que el mediador puede obligarse a desarrollar una actividad, o ni siquiera a eso. En este caso, sería peligroso considerar que la empresa gestora es un mediador mercantil. Sin embargo, en base a lo pactado y la remuneración de aquella, parece que es indudable que se obliga a realizar una actividad de intermediación.

desplegando una actividad dirigida a lograr otras relaciones jurídicas¹⁹³. Generalmente, por la ausencia de vínculo, ésta es una fórmula muy utilizada por las gestoras de Cooperativas.

2.3.3. Arrendamiento de servicios.

La gran mayoría de los contratos celebrados entre las empresas gestoras y las Cooperativas de viviendas se ajustan al esquema del arrendamiento de servicios. La prestación del servicio es la actividad encomendada, y puede comprender la gestión, asesoramiento, e incluir la relación con terceros. Tanto en el caso del mandato como en el contrato de servicios la responsabilidad exigible a la empresa gestora viene determinada por la diligencia profesional, respondiendo en caso de dolo y de negligencia o impericia¹⁹⁴ -regla similar a la prevista en la derogada LGC, artículo 60.4-. Podríamos dudar de la consideración de la actividad gestora como arrendamiento de servicios ya que la actividad de gestión puede realizarla también la Cooperativa, mediante sus órganos de administración, y no precisa encargarlo necesariamente a un tercero profesionalmente dedicado a ello; pero una vez contratado, a éste corresponde el ejercicio remunerado de una actividad -como ocurre con los contratos de servicios en general respecto de las profesiones liberales, abogados, médicos, arquitectos...- argumento favorable hacia su consideración como un contrato de servicio más¹⁹⁵.

¹⁹³ BROSETA PONT, M: "Manual de Derecho Mercantil". Tecnos, Madrid 1994, pág. 509. En relación a la comisión y mediación mercantil, destaca que ambas son de ejecución instantánea y no de duración, circunstancia que no puede admitirse en la relación entre la empresa gestora y la Cooperativa, salvo que sólo se aplique a determinados actos.

¹⁹⁴ DIEZ PICAZO, I.; GULLÓN BALLESTEROS, A: "Instituciones de Derecho Civil". Vol. I/2. Tecnos, Madrid 1998, pág. 336.

¹⁹⁵ Sin embargo, también podría ser una de las excepciones de éste, por lo que seguiríamos considerándolo un mandato.

El arrendamiento de servicios se caracteriza por la existencia de una prestación personal, un trabajo por el arrendatario, a cambio de un precio cierto. SCAEVOLA: "*Código Civil comentado*", art. 1542 a 1582, comentado por RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE. Tomo XXIV. Reus, Madrid, 1952, pág. 433 y ss. En la pág. 445 se afirma, como distinción entre el arrendamiento de servicios y el mandato que "*En el contrato de mandato, el mandatario procede por delegación, y es, por tanto, medio o condición para otro contrato en el*

2.3.4. Contrato de gestión.

Otra posibilidad es entender que la relación jurídica entre la Cooperativa y la empresa gestora es un contrato innominado de gestión. Las prestaciones de éste derivan de los de arrendamiento de servicios y mandato e incluso de mediación; y se acercará más a uno u otro según los casos, sin identificarse con ninguno de ellos, ya que en él se pactan prestaciones diversas que responden a estos contratos típicos. Así, en el ámbito del arrendamiento de servicios¹⁹⁶, pero con la idea de obligación de actividad de la empresa gestora, se encargan a ésta los trámites de constitución de la cooperativa, de convocatoria y celebración de Asambleas generales y del Consejo Rector y el proceso de adjudicación de las viviendas. En base a un mandato con o sin representación¹⁹⁷ - respecto de la Administración como tercero- se encarga al gestor la obtención de licencias administrativas¹⁹⁸ y de la documentación y pagos fiscales y laborales. En la

que se obliga el delegante; en el arrendamiento de servicios existe la coprestación, créanse obligaciones reciprocas mutuamente coordinadas y condicionadas, y el arrendador de servicios no se conduce por delegación del arrendatario, sino ejecutando su propio derecho y cumpliendo su personal obligación. Tal es la consecuencia precisa de los artículos 1714 y 1717." En la pág. 446 se afirma que "el ejercicio remunerado de las profesiones liberales, de enseñanza, abogacía, medicina, ingeniería, agrimensura, etc., constituyen contratos perfectos de arrendamiento de servicios, y asimismo hacemos constar que las únicas excepciones que, en nuestro sentir, pueden señalarse de mandatos retribuidos, en las que realmente coexiste delegación y obligación de remunerar... las de los gestores de negocios, verdaderos profesionales del mandato extrajudicial." También en ENNECCERUS. L: "Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones". Vol. 2 (traducción de Pérez González y Alguer. Bosch, Barcelona 1935, pág. 232 y 241, se afirma que "También la asunción onerosa de servicios superiores es juzgada por las reglas sobre el contrato de servicios; sin embargo, en tanto el contrato tenga por objeto el cuidado de negocios, sean éstos superiores o inferiores, se declaran aplicables muchas de las disposiciones valederas para el mandato, sobre todo en lo que afecta al modo y límites de la gestión y a la extinción de la relación." "Para la distinción dentro del derecho positivo español se ha de atender ante todo al elemento "por cuenta o encargo de otra", persona que se contiene en la definición del mandato por el art. 1709 y que no se reproduce en la del contrato de servicios del art. 1544. Esa nota, aunque es imprecisa, puede concretarse en el sentido de considerar dirigido el mandato a la gestión de negocios... El arrendamiento de servicios no está sujeto a forma"

ALONSO PÉREZ, MT: "Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos", Bosch, Barcelona 1997, pág. 126. No admite ninguno de los criterios utilizados por la doctrina para distinguir el mandato y el arrendamiento de servicios: objeto, representación, dependencia, sustituibilidad o gratuidad. Estima que se trata de la misma realidad con dos nombres distintos, y ello porque ningún criterio sirve para distinguirlos (en Francia se utiliza la representación inherente al mandato -art. 1984 del Code Civil, mientras que en Italia el mandato sólo puede utilizarse para la realización de actos jurídicos -art. 1703 del Codice Civile).

¹⁹⁶ Relaciones bilaterales entre la Cooperativa y la empresa gestora.

¹⁹⁷ Se trata de un mandato, puesto que aunque la actividad profesional de la gestora tiene este objeto, las actividades que se encargan a ésta se realizan respecto de terceros, como relación trilateral, y suponen una delegación de la Cooperativa que podría perfectamente realizarlas.

¹⁹⁸ Licencias de obras que requieren un proyecto técnico, licencia de primera ocupación como prueba del cumplimiento de la primera y legitimación del uso de la edificación, cédula de habitabilidad cuando sea

relación con terceros suele emplearse la fórmula de la mediación -búsqueda y determinación del contenido del contrato en la relación con ellos, ya sea el propietario del solar, la empresa constructora, financiación, arquitectos...-, aunque en algún caso la vía utilizada sea el mandato, incluso representativo. Otras prestaciones pactadas pueden enmarcarse dentro del contrato de obra, en base a la obligación de resultado perseguido, aunque quizá la Cooperativa prefiera una prestación de servicios o un mandato cuyo contenido controla, siendo obligaciones de resultado aquellas que son automáticas y no requieren ninguna toma de decisión de la Cooperativa, como ocurre con la inscripción de la Cooperativa, la llevanza de la vida cooperativa, altas y bajas, libros, cuestiones económicas, contabilidad, la escrituración del terreno, obra nueva y propiedad horizontal, la formalización de los contratos celebrados con terceros.

En cualquier caso, no olvidemos que nos referimos siempre a la empresa gestora de Cooperativas, y no a otras empresas inmobiliarias de promoción y gestión, que actúan como promotores-constructores o vendedores, y que realizan todas las actividades por y para sí mismas.

Todas las posibilidades vistas, relación laboral, mandato o comisión, mediación, arrendamiento de servicio o incluso de obra, contrato atípico y promoción –que queda pendiente- son posibles fórmulas de relación entre las empresas gestoras y las Cooperativas, lo que no evita que en algún caso se den notas o caracteres de varias de ellas y que, en primer lugar y al margen de ello, se acuda a la aplicación de las normas cooperativas que les afectan, sin perjuicio de que su interpretación deba realizarse conforme a las normas civiles o mercantiles aplicables. En los supuestos concretos el contenido de la relación jurídica nos dará la pista para determinar cual es ésta.

precisa: CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E; GONZÁLEZ CARRASCO, C: *Derecho de la*

2.4. Posibilidad de considerar la gestión de cooperativas como un tipo de promoción inmobiliaria, en general o en algún caso.

Una de las opciones posibles planteadas es la consideración de las empresas gestoras de Cooperativas como promotores inmobiliarios. Favorable a ella es la opinión del TS –ya citada-, y la visión del último Proyecto de Ley de ordenación de la edificación. Además la LC parece encontrarse a favor de ello, al excluir la delegación de la gestión absoluta y permanente como límite previsto en la LGC anterior.

En otros ordenamientos jurídicos así se contempla, y por ello tienen una regulación específica sobre la misma. Vamos a ofrecer un resumen de las notas de estos supuestos de promoción inmobiliaria en el Derecho francés, sin perjuicio de reservarnos la opinión hasta el final del apartado, y de manifestar “a priori” que no puede admitirse su aplicación de forma absoluta y para todos los supuestos, porque ello no sería exacto. La calificación de las gestoras como promotores inmobiliarios no puede aplicarse a todos los casos y no solucionaría demasiadas cuestiones, e incluso podría provocar el abandono de esta práctica de gestión, que tiene muchos defectos pero es necesaria por la especialidad y complejidad cooperativa y requiere la actuación de profesionales de la gestión.

2.4.1. La promoción inmobiliaria en Francia.

La evolución de las Cooperativas de viviendas, recogida en el “Code de la construction et de l’habitation¹⁹⁹”, se dirige, en materia de gestión, hacia la exclusión de la gestión por la Cooperativa²⁰⁰. En la actualidad, tanto en las Cooperativas de atribución con

construcción y la vivienda” ... cit, pág. 35 y ss.

¹⁹⁹ En 1967 se regula la venta de inmuebles para construir o en construcción (modificada de forma sustancial en 1978), en 1971 el contrato de promoción inmobiliaria, y en 1972 el contrato de construcción de vivienda individual. La regulación cooperativa se inspira en el derecho de la promoción inmobiliaria privada, y comienza a hablarse de cooperativas de construcción.

²⁰⁰ SAINT-ALARY, G : “*Répertoire DALLOZ*” : Droit des sociétés, coopératives d’habitation, tomo II, Dalloz, Paris 1989, Pág. 2.

división entre socios, como en las de venta²⁰¹, se acude directamente a la figura del promotor inmobiliario cuando la Cooperativa encarga la gestión a un tercero, en cualquier caso -Cooperativas de venta o atribución-, o a su representante legal -sólo en las de atribución-. El ordenamiento francés comienza a tener constancia de las nuevas situaciones que se plantean respecto a la gestión cooperativa cuando se produce una delegación del poder de gestión en sujetos asalariados independientes de la Cooperativa²⁰², con los beneficios de organización y de los perjuicios económicos que ello implica.

En las Cooperativas de atribución -art. L. 213-6 del Code de construction- la Cooperativa tiene obligación de celebrar un contrato de promoción inmobiliaria, o similar, cuando confía la construcción a un tercero o a su representante legal o estatutario²⁰³. En las Cooperativas de venta, en caso de que se acuda a un tercero que realizará y gestionará el programa de construcción, sólo puede hacerse mediante un contrato de promoción inmobiliaria -art. L. 213-3-²⁰⁴, pudiendo también confiar las operaciones constitutivas al representante legal o estatutario -art. L. 213-6-.

²⁰¹ SAINT-ALARY, G : "*Répertoire DALLOZ*" : Droit des sociétés, cooperatives d'habitation, tomo II, Dalloz, Paris 1989. Pág. 2.

²⁰² GOURLAY, PG : "*Répertoire DALLOZ*" : Droit des sociétés, cooperatives, tomo II, Dalloz, Paris 1990, pag. 8.

²⁰³ SAINT-ALARY, G : "*Répertoire DALLOZ*" : Droit des sociétés, cooperatives d'habitation, tomo II, Dalloz, Paris 1989. Pág. 7: Así se consigue, que "los riesgos de la operación de construcción no sean soportados por la sociedad y sus asociados, sino por el promotor inmobiliario o por el representante legal o estatutario de la sociedad", aunque, sin embargo, no se evita el ahorro por la supresión del intermediario, que conlleva la utilización del sistema cooperativo.

²⁰⁴ Algún autor mantiene que, en el supuesto de que se encargue esta misión del promotor al representante legal o estatutario de la sociedad, también habría que acudir a las normas de la promoción inmobiliaria (aunque en la práctica sea difícilmente aplicable por la amplia responsabilidad que ello implica para el promotor, o en su caso, representante legal): WALET, P : "*Répertoire DALLOZ*" : Droit des sociétés, cooperatives de construction, tomo II, Dalloz, Paris 1994. Pág. 25. SAINT-ALARY, G : "*Répertoire DALLOZ*" : Droit des sociétés, cooperatives d'habitation, tomo II, Dalloz, Paris 1989. Pág. 6. SAINT-ALARY manifiesta que la razón de ello es "asegurar la protección de la sociedad y de sus miembros, y es mayor la exigencia si el mismo tercero tomó la iniciativa de constituir la sociedad". Añade este autor que el tercero puede ser cualquier promotor o una sociedad anónima cooperativa de producción de ILM; en este último caso el contrato será de prestación de servicios, sucedáneo del contrato de promoción inmobiliaria. La obligatoriedad de dicho contrato de promoción es inamovible en las Cooperativas de atribución, es facultativa en las de venta, sólo obligatoria si construye un tercero.

El contrato de promoción inmobiliaria se encuentra incorporado, desde 1971²⁰⁵, en parte al Code Civil²⁰⁶ con disposiciones generales en él, y de orden público –que quedan en el Code de la Construction-. En los casos del sector protegido la idea de la Ley es aplicar el contrato de promoción a los supuestos de construcción para vivienda o para uso profesional y vivienda, cuando frente al que pretende la propiedad de la vivienda se encuentre un sujeto que no sea vendedor, ni contratista, ni arquitecto ni técnico de otro tipo²⁰⁷. A las normas de promoción inmobiliaria se remite la regulación de las cooperativas de construcción, en cualquier caso si la construcción de las

²⁰⁵ Inicialmente, antes de su regulación en 1971, era utilizado en la práctica remitiéndose la actuación del “promotor” al mandato y posteriormente al contrato de obra. Desde 1971 se obliga a su utilización en determinados casos, de sociedades de atribución y cooperativas especialmente en los supuestos de atribución (su utilización es obligatoria) más que en los de venta. MALINVAUD, P y JESTAZ, P : “*Droit de la promotion immobilière*”. Dalloz, Paris 1995, pág. 400.

²⁰⁶ El contrato de promoción se regula en el libro II, título II del Code de construction, que modifica los aspectos generales del mismo contenidos en los artículos 1831- 1 a 5 del Code Civil, y añade otras notas a este contrato. Las disposiciones generales al margen del destino del inmueble, artículos L. 221 del Code de construction, se incorporan al art. 1831 del Code Civil ; y junto a ellas, el Code de construction, artículos L. 222, mantiene disposiciones especiales de orden público para el sector protegido de inmuebles para uso de vivienda o mixto de vivienda y profesional. Se consideran de orden público las disposiciones del capítulo de promoción inmobiliaria respecto del sector protegido, según manifiesta el art. L. 222-7. El ordenamiento francés se ocupa de regular el contrato de promoción inmobiliaria en los arts. 1831-1 a 1831-5 del Code civil (añadidos por Ley 71-579 de 16-7-1971. Código de construcción y vivienda). Es un contrato que se caracteriza por la asunción por el promotor respecto del dueño de la obra, por un precio convenido, de las cuestiones jurídicas, administrativas y financieras del programa de construcción, en nombre del dueño de la obra, utilizando para ello contratos de arrendamiento de obra. El promotor puede encargarse de algunas operaciones de la ejecución de obra, en cuyo caso será responsable como un arrendatario de obra. Antes del fin de la obra, así como el dueño de la obra puede libremente ceder sus derechos, el promotor no puede ser sustituido por un tercero sin consentimiento favorable del dueño de la obra. La misión del promotor acaba cuando las cuentas de construcción quedan saldadas entre él y el dueño de la obra.

²⁰⁷ Según MEYSSON, P y TIRARD, M : “*Contrat de promotion immobilière*”. JURISCLASSEUR civil, art. 1831-1 a 1831-5. 1975, pág. 13 y ss : “El legislador parece haber querido, con el fin de proteger a los que acceden a la propiedad de las viviendas, que éstos tengan siempre, salvo las excepciones previstas y que estudiaremos después, frente a ellos un promotor inmobiliario”.

En la pág. 16 y ss continúan afirmando que las reglas del sector protegido son imperativas. El contrato de promoción inmobiliaria en este caso debe contener las siguientes indicaciones: descripción del edificio o inmuebles, precio (imprevistos, revisiones), condiciones de financiación, remuneración del promotor (es mayor que en las prestaciones de servicio en las que no se firma un contrato de promoción inmobiliaria y suele escalonarse desde la firma hasta la entrega de los inmuebles al dueño de la obra), plazo en el que debe edificarse (promotor no responde en casos de fuerza mayor o por causa del dueño de la obra), garantía aportada por el promotor para la ejecución de su misión (garantía de no superar el precio pactado, que es obligación del promotor, aunque éste puede acudir a un tercero para garantizarla).

viviendas se encarga a un tercero, e incluso cuando la construcción es realizada por el representante legal o estatutario, si se trata de una Cooperativa de atribución²⁰⁸.

La doctrina estudia a fondo este contrato de promoción, su concepto, elementos, contenido...²⁰⁹. El contrato de promoción inmobiliaria toma como base la unión del

²⁰⁸ MEYSSON, P y TIRARD, M : "*Contrat de promotion immobilière*". JURISCLASSEUR civil, art. 1831-1 a 1831-5. 1975 : Las normas del contrato de promoción obligatorio no se aplican a un gran número de casos : inmuebles acabados y que vayan a ser vendidos a terceros ; ni tampoco si el promotor es un organismo de HLM o sociedad de economía mixta, arquitecto, empresario o técnico, sociedad que vende terreno a cambio de locales a construir. (Pág. 16) : "... Parece que el campo de aplicación esencial del contrato de promoción inmobiliaria es la sociedad de atribución y la sociedad cooperativa... En el caso de sociedades Cooperativas que construyen inmuebles para vivienda o uso profesional y vivienda, el contrato de promoción inmobiliaria es obligatorio en los dos casos siguientes : la sociedad es una Cooperativa de atribución. La sociedad es una Cooperativa de venta en la que el representante legal o estatutario no es un asociado." (Pág. 24) : "Se prevé la obligación para las sociedades de atribución... de concluir un contrato de promoción inmobiliaria o de confiar las operaciones constitutivas de la promoción inmobiliaria a un representante legal o estatutario... Si la Cooperativa es una sociedad de venta, es decir una sociedad en la cual la transferencia de propiedad a los asociados no resulta del contrato de sociedad sino de un contrato distinto, no está obligada a concluir un contrato de promoción inmobiliaria, ni a que el representante legal o estatutario asuma las obligaciones del promotor inmobiliario... el contrato de promoción inmobiliaria, con un tercero o con el representante legal o estatutario de la sociedad no es obligatorio para las sociedades cooperativas de venta, si éstas no acuden a un tercero ni como promotor ni como representante legal o estatutario. En las Cooperativas de venta, ningún contrato de promoción se ha impuesto, si el representante legal o estatutario es un asociado y no descarga todo o parte de su misión en un tercero. Tratándose de sociedades de atribución... y de sociedades cooperativas en todos los otros casos que aquellos señalados en el párrafo anterior, el legislador ha querido que la persona que se encarga de las operaciones constitutivas de la promoción inmobiliaria contrate las obligaciones de un promotor inmobiliario."

Se prevé que el contrato de promoción inmobiliaria sea reemplazado por un escrito en los casos en que las operaciones constitutivas de la promoción inmobiliaria sean asumidas por el representante legal o estatutario de la sociedad, escrito que será aprobado por la asamblea general. Las responsabilidades y garantías del representante de la sociedad serán las mismas que las del contrato de promoción inmobiliaria (pág. 24).

²⁰⁹ Algún autor estudia el citado contrato de promoción inmobiliaria, regulado en 1971 e incorporado al Code Civil, del que afirma que : la base fundamental del contrato de promoción inmobiliaria se encuentra en la coexistencia de varios elementos : programa de construcción de edificios, poder de representación para concluir contratos y ejecutar los trabajos o tarea de gestión, encargo de preceder a realizar el inmueble por un precio convenido y por medio de un contrato de arrendamiento de obra remunerado. El promotor no es vendedor, siendo el dueño de la obra propietario del terreno. La promoción inmobiliaria es un mandato teñido de arrendamiento, previniéndose dos precios, el de la obra y el del mandato o gestión. HUET, J : "*Traité de Droit civil*". Les principaux contrats spéciaux, LGDJ, Paris 1996. Pág. 1332 y ss.

MEYSSON, P y TIRARD, M : "*Contrat de promotion immobilière*". JURISCLASSEUR civil, art. 1831-1 a 1831-5. 1975. Pág. 4 y ss : "El promotor... es un prestatario de servicios... El contrato de promoción es un arrendamiento de obra al que, frecuentemente, se añade un mandato... Su sola obligación es de diligencia en la ejecución de su misión... es un contrato nuevo, el contrato de promoción inmobiliaria, es un mandato de interés común..." Pág. 7 y ss : "El objeto es la realización de un programa de construcción de uno o más edificios... no simplemente los estudios preparatorios de la realización o la ejecución de las tareas administrativas o financieras... es indiferente que intervenga desde el inicio de la operación o sólo en curso de construcción." Pág. 8 y ss : "las obligaciones principales del mandatario consisten en proceder, mediante contratos de obra, a la realización de un programa de construcción de uno o más edificios... no es el constructor... Las obligaciones accesorias son... la realización por sí o por otros de tareas particulares jurídicas, administrativas y financieras... realizar un programa de construcción por un precio convenido... la remuneración del mandatario es la esencia del contrato". Las obligaciones del promotor se distinguen en : general de buen fin (resultado) y particulares : diligencia, garantía del precio convenido (precio de construcción) soportando los incrementos de precio y las disminuciones o ventajas (dudoso), garantía de la ejecución de las obligaciones de los contratos de obra, garantía general como la que se ofrece al adquirente de inmuebles. Pág. 9 y ss : Las obligaciones de los

arrendamiento o contrato de obra y del mandato²¹⁰ entre el dueño de la obra y el promotor, distinguiéndose la remuneración de la obra en sí -materiales, mano de obra...-, y la del promotor por su actuación.

empresarios contratistas son : ejecutar los trabajos que les han sido encargados (responden por pérdida antes de la recepción, promotor responde por cambio de contratista y aumento de precio), en el plazo pactado (generalmente se pactan penas ; si no puede responder el contratista, responde el promotor), conforme a las estipulaciones del mercado, a lo previsto (promotor responde si se ejecuta algo no pactado o viciado, o por vicios si el contratista no responde). Las obligaciones de los arquitectos, técnicos... son : ejecutar la misión con diligencia y garantizar los vicios ocultos (el promotor garantiza los posibles errores profesionales de éstos).

(Pág. 10 y ss) Poderes o derechos del promotor : cuenta con los poderes de un dueño de la obra con algunos límites. Los límites son el respeto al precio global convenido , el mandato específico para concluir actos de disposición. El dueño de la obra no puede inmiscuirse en la operación de construcción. Las obligaciones del dueño de la obra : no inmiscuirse en la actuación del promotor, pago del precio (si no paga, el promotor puede exigir la resolución del contrato, pudiendo existir una cláusula de resolución de pleno derecho en el contrato) y pago de la remuneración. Además, responde frente al promotor de los incrementos de precio provocados por él.

(Pág. 11 y ss) El contrato de promoción inmobiliaria puede ser objeto de cesión por el dueño de la obra, sin necesidad de consentimiento del promotor, siempre que reúna las siguientes características : ser del programa de construcción, antes del fin de la construcción y que el cesionario quiera continuar con ella (en cualquier caso el cedente es garante de la ejecución de las obligaciones del dueño de la obra, y si posteriormente el cesionario no ejecuta sus obligaciones, podrá ser demandado por daños y perjuicios). No cabe la cesión del promotor a un tercero.

(Pág. 12 y ss) El contrato de promoción inmobiliaria finaliza por las causas del mandato, adaptadas a este contrato : revocación mutua de ambas partes, fuerza mayor, renuncia del promotor (indemniza al dueño de la obra por perjuicios salvo que pruebe que existía imposibilidad), muerte de uno de ellos, incapacidad, inejecución de una de las partes alegada por la otra como condición resolutoria, ejecución del contrato (entrega de la obra junto con fin de las cuentas entre el dueño de la obra y el promotor). El fin del contrato no afecta a la responsabilidad exigible por el dueño de la obra frente al promotor por vicios ocultos durante 10 años.

(Pág. 21 y ss) El promotor necesita realizar ciertos estudios antes de comenzar a ejecutar la promoción inmobiliaria. Lógicamente él no va a soportar el coste y los riesgos de dichos estudios. En tal caso se plantea la duda de si se trata de un contrato de estudios preliminares, o si es una fase o acto del contrato de promoción inmobiliaria que implica la derogación al principio de prohibición de comenzar la ejecución del contrato y de recibir fondos. En el contrato de promoción inmobiliaria, se prohíbe el comienzo de la ejecución del contrato y la aportación de algún pago antes la firma de éste. Sin embargo, se permite que el contrato se constate mediante actos separados, según las fases o partes de las operaciones a realizar, pudiendo convenir un precio para cada fase. También pueden lograrse dichos estudios mediante un contrato de estudios preliminares, distinto del contrato de promoción inmobiliaria.

La prohibición de aportación de fondos antes de la firma del contrato de promoción no afecta a la posibilidad de que el representante legal o estatutario del dueño de la obra exija a los asociados ciertas sumas antes de la firma del contrato de promoción o incluso del de estudios preliminares (por ejemplo para adquisición de terreno o para otras gestiones)...

²¹⁰ PÉRINET - MARQUET, H : "Répertoire DALLOZ" : Civil, Promotion immobilière, tomo VII. Dalloz, Paris 1995, pág. 4. Este autor analiza la calificación de mandato, imperfecta y parcial, que generalmente se tiñe de un arrendamiento o contrato de obra, actuando el promotor como un constructor. Además, distingue en párrafos siguientes el contrato de promoción de la delegación o mandato del ejercicio de las atribuciones del dueño de la obra, mandato con el que el dueño de la obra no transmite su responsabilidad, siendo la actuación del mandatario mucho más reducida que la del promotor.

MALINVAUD, P y JESTAZ, P : "Droit de la promotion immobilière". Dalloz, Paris 1995, pág. 401. Califican la naturaleza jurídica del contrato de promoción como mandato mezclado con un contrato de obra pero, en relación al régimen jurídico, hablan de un mandato inspirado en una venta. "El legislador ha querido que el dueño de la obra se beneficie de una protección tan extensa como la del adquirente del inmueble en construcción... se fuerza así la naturaleza del contrato de promoción."

El contrato de promoción es complejo, refiriéndose sus normas a una actividad más que a un contrato concreto. Además, existe una tendencia a tratar como promotor, y aplicar las normas correspondientes, a todo aquel que ejerza como tal, al margen de que utilice otra calificación jurídica²¹¹.

Hasta 1967 y 1971 no existía una regulación convincente de la promoción inmobiliaria, produciéndose situaciones de promoción de hecho en régimen de libertad de actuación absoluta y excesiva; sin embargo, desde su reglamentación, la actividad de promoción ha disminuido²¹².

²¹¹ PÉRINET - MARQUET, H: "Répertoire DALLOZ": Civil, Promotion immobilière, tomo VII. Dalloz, Paris 1995, pág. 2.

Mantiene algún autor, que el Code de la construction excluye de la promoción algunos supuestos, como: 1. Si el que se encarga de realizar la construcción es, además vendedor del terreno (venta de inmueble a construir) - art. 222-1 a contrario-. 2. Si el que contrata con el dueño de la obra es un arquitecto, empresario o técnico (operaciones administrativas) - art. 222-2. 3. Si el que se encarga de construir es una SA de producción de I.M. o una sociedad de economía mixta - art. 222-2. 4. Si el dueño de la obra construye para vender después (venta de inmueble a construir). 5. Construye y es dueño de la obra una sociedad, ni de atribución ni cooperativa. 6. Si el dueño de la obra es vendedor del terreno al promotor a cambio de inmuebles. Así se deduce de la exposición de PÉRINET - MARQUET, H: "Répertoire DALLOZ": Civil, Promotion immobilière, tomo VII. Dalloz, Paris 1995, pág. 4-5-1.

Posterior al estudio visto de MEYSSON y TIRARD es el presentado por BERGEL, JL: "Construction. Responsabilité des vices, malfaçons et dommages du promoteur à l'égard des souscripteurs". JURISCLASSEUR civil, art. 1831-1 a 1831-5. 1984. Este autor, aporta la nueva visión jurisprudencial del concepto de promotor inmobiliario, más amplio, que permite la inclusión en él de otros sujetos que actúan en la práctica (pág. 3 y ss): "el promotor es aquel que se encarga sea directamente, se por persona o sociedad interpuesta, de construir o procurar un inmueble para uso esencial de vivienda y que, a este efecto, toma la iniciativa y el cuidado principal del negocio... Este, frecuentemente, concibe y realiza la operación y asume las misiones de orden jurídico, financiero, administrativo, comercial, fiscal y técnico que la promoción implica". El autor mantiene, que dentro de esta definición tienen cabida, tanto los promotores "integrados" que asumen también las funciones del dueño de la obra, como los simples "prestatarios de servicios"; y también se integran en ella los sujetos no gerentes o administradores que se hayan encargado del cuidado principal del programa y hayan tomado la iniciativa de éste (como es el caso de asociados fundadores), o sociedades que se dividen en varias distintas según cada programa inmobiliario pero que conservan importantes lazos comunes; aunque siempre que cumplan los requisitos de promotor respecto a la construcción de inmuebles, o incluso al rehabilitación de éstos, conlleve o no la comercialización de los mismos.

²¹² También ha ocurrido esto con el sistema cooperativo, debido a la obligatoriedad de sujetarse en ciertos casos a un contrato de promoción. MALINVAUD, P y JESTAZ, P: "Droit de la promotion immobilière". Dalloz, Paris 1995, pág. 18.

Una situación similar podría producirse en nuestro país, si se adopta la solución de promoción inmobiliaria a todos los efectos.

La jurisprudencia francesa²¹³ entiende de forma amplia el concepto de promotor, aplicándolo a “toda persona que asume la iniciativa y el cuidado principal de una operación inmobiliaria”. En opinión de la doctrina²¹⁴ se aplica este concepto aunque aparentemente no sea así, aunque no se haya firmado un contrato de promoción, e incluso aunque la actuación de dicho promotor de hecho sea remunerada o no -se cita expresamente el supuesto de las Cooperativas, puesto que éstas obtienen su remuneración de los gastos de gestión o cotización de sus socios, incluso aunque no tengan fin lucrativo-. De tal forma, analizan²¹⁵ exhaustivamente los diferentes supuestos

²¹³ PÉRINET - MARQUET, H : “*Répertoire DALLOZ*” :Civil, Promotion immobilière, tomo VII. Dalloz, Paris 1995, pág. 10.

Algunos autores no están de acuerdo con esta idea, y hablan de la promoción profesional y ocasional y de la función económica de la actuación del promotor, como MALINVAUD, P y JESTAZ, P : “*Droit de la promotion immobilière*”. Dalloz, Paris 1995, pág. 3 y 4 : “Se ha intentado, sin gran éxito, sintetizar las diferentes actividades del promotor. Los Tribunales definen constantemente el promotor como aquel que tiene la iniciativa y el cuidado principal de la obligación inmobiliaria. El criterio del cuidado especial parece un poco vago. Al contrario el criterio de la iniciativa, que precisa la noción, no corresponde más que a parte de la realidad... más circunstancial, pero también imperfecta, es la fórmula siguiente... la persona física o moral “cuya profesión o su objeto es tomar, de forma habitual y en el cuadro de una organización permanente, la iniciativa de realizaciones inmobiliarias y asumir la responsabilidad de la coordinación de las operaciones que intervienen para el estudio, ejecución y puesta a disposiciones de usuarios de programas a realizar.” Esta definición presenta al menos tres defectos. Primero no trata más que al promotor de profesión, deja de lado la categoría de los promotores ocasionales.” Continúan afirmando estos autores que las definiciones no pueden ser sólo jurídicas, sino que deben tener en cuenta también la función económica del promotor. Distinguen así dos tipos de promotores, sin tener en cuenta los supuestos intermedios : el promotor capitalista y el prestatario de servicios. “El promotor capitalista dispone de fondos que invierte en la adquisición de un terreno y en la financiación de la construcción, tiene la iniciativa y el poder sobre la operación. Los locales construidos con sus cuidados son una verdadera mercancía, objeto de comercialización que procura un beneficio. El promotor, según la extensión de sus recursos, realiza un programa más o menos importante, a veces una simple casa. El promotor prestatario de servicios no tiene otro capital que el de su propia empresa. Trabaja sobre terrenos que no le pertenecen y no participa en la financiación de la operación. El inmueble no es una mercancía para este promotor que recibe su valor, sino la conclusión de un cierto número de trabajos por los cuales recibe una remuneración. Según los casos los prestatarios realizan viviendas individuales por cuenta de los adquirentes o programas colectivos por cuenta por ejemplo de un grupo financiero. En este último caso, el promotor prestatario de servicios es frecuentemente una filial del grupo.”

²¹⁴ Ver nota a pie 213.

²¹⁵ PÉRINET - MARQUET, H : “*Répertoire DALLOZ*” :Civil, Promotion immobilière, tomo VII. Dalloz, Paris 1995, pág. 10 y 11. Recogido por este autor en AUBY, JB y PÉRINET-MARQUET, H : “*Droit de l’urbanisme et la construction*”. Montchrestien, Paris 1995, pág. 748 y ss.

Los ejemplos de **promoción directa** son : 1. sociedad que sobrepasa el estadio de la simple comercialización y con remuneración superior a la que ésta daría lugar. 2. marido de una persona propietaria de un terreno que construye viviendas individuales asegurando su comercialización. 3. comerciante de bienes que encarga una importante operación de renovación inmobiliaria. 4. arquitecto que concibe también la financiación de una operación. 5. sociedad de H.M que asegura la ejecución de la operación y supervisa los trabajos. 6. sociedad que adquiere el terreno, obtiene el permiso de construir y se ocupa también de la división y copropiedad futura. 7. cooperativa de construcción que ejecuta la operación encargada incluso aunque no persiga fin lucrativo. 8. sociedad que se presenta como constructor y actúa como tal, aunque también supervisa y dirige la obra. 9. sociedad que asume la gerencia de una sociedad civil inmobiliaria.

de promotor de hecho a los que la jurisprudencia francesa ha aplicado las normas de promoción, entre los cuales se encuentran casos tanto de promoción directa como indirecta. La promoción directa se produce cuando, “sin haber firmado el contrato de promoción en sentido estricto, se han implicado, ellos mismos, directamente en la operación asumiendo el cuidado principal”. La promoción indirecta tiene lugar cuando personas físicas o jurídicas “que no han intervenido directamente en la realización porque han situado impedimentos jurídicos entre su actividad y los trabajos”, de hecho actuaron como promotores. La noción jurisprudencial de promotor se basa en la obligación de resultado de éste, al que se aplican las normas del contrato de promoción, aunque éste no exista. La finalidad es hacer responder al promotor de hecho por su actuación, en casos de desordenes en la construcción de cualquier tipo, vicios o defectos, retrasos y falta de conformidad de lo construido con lo proyectado. También responde como promotor el que gestiona, aunque subcontrate todos los trabajos materiales de edificación²¹⁶.

Las normas básicas del contrato de promoción inmobiliaria se aplican a todo mandato por el que una persona se obliga a realizar por cuenta del dueño de la obra, por un precio determinado –incluyendo remuneración–, mediante contratos de obra –puede el

Dentro de los supuestos de **promoción indirecta**, deben distinguirse los supuestos de actuación de una persona física de los de persona jurídica. Los casos planteados ante la jurisprudencia francesa, de personas físicas que promueven indirectamente son : 1. Dirigentes de la sociedad. 2. Socios fundadores. 3. Gerentes estatutarios de una sociedad civil inmobiliaria. 4. Dueño de la obra que dispone de poderes ilimitados para la gestión de bienes y negocios de la sociedad civil inmobiliaria. “Aquel que no percibe beneficios personales y no se comporta más que como un gerente normal de la sociedad no puede ser calificado como promotor”. También las personas morales pueden igualmente encubrir una actuación de promotor : 1. Sociedad que toma la iniciativa de operación inmobiliaria y controla su desarrollo mediante la intermediación de tres sociedades de atribución de las cuales era cogerente, habiendo asegurado la gestión técnica mediante la interposición de otra sociedad. 2. Banco que toma la iniciativa de la operación de construcción en el cuadro de la política de desarrollo de sus actividades inmobiliarias, creando al efecto muchas sociedades mediante las que controla, directa o indirectamente, casi el total del capital, sociedades con el mismo domicilio social y los mismos dirigentes que ella misma, incluso una parte de los pagos le eran hechos directamente.

²¹⁶ MALINVAUD, P y JESTAZ, P : “Droit de la promotion immobilière”, Dalloz, Paris 1995, pág. 415.

Lo que nos sitúa ante un supuesto similar a algunos casos de empresas gestoras de Cooperativas en nuestro ordenamiento jurídico.

promotor realizar alguna o todas las tareas personalmente, en cuyo caso sería un promotor constructor-, un programa de construcción de edificios y todas las operaciones jurídicas, administrativas y financieras necesarias²¹⁷. La promoción inmobiliaria puede cubrir tanto la construcción colectiva como la individual.

Respecto a lo que nos interesa, se aplican las normas del contrato de promoción inmobiliaria a los supuestos en los que la Cooperativa de construcción, dueña de la obra, encarga la gestión y la construcción a un tercero, que puede ser ajeno a la Cooperativa o no -el representante legal o estatutario en los casos de Cooperativas de atribución-.

Dentro de las reglas generales o básicas de la promoción destacan las siguientes²¹⁸: en el contrato de promoción se observa una dualidad, por el contrato de obra se ejecuta ésta, mientras que la dirección de la misma corresponde al mandato; para los préstamos o actos de disposición es preciso un mandato especial; puede admitirse que el contrato de promoción sea verbal y no escrito; la figura del promotor es esencial, no pudiendo ser sustituido por ningún otro salvo que el dueño de la obra lo acepte, mientras que éste último puede ceder sus derechos a terceros al margen del promotor -aunque sigue siendo garante de la ejecución de las obligaciones si el tercero no cumple-; el contrato de promoción finaliza cuando se produce la rendición de cuentas consecutiva a la entrega, salvo que haya sido interrumpida su ejecución por incumplimiento, y también

²¹⁷ MALINVAUD, P y JESTAZ, P : "*Droit de la promotion immobilière*". Dalloz, Paris 1995, pág. 3 : "Persona física o moral cuya profesión es tomar, de forma habitual y dentro del cuadro de una organización permanente, la iniciativa de realizaciones inmobiliarias y de asumir la responsabilidad de la coordinación de operaciones interviniendo para el estudio, ejecución y puesta a disposición de usuarios de los programas a realizar".

²¹⁸ Art. L-221 Code de la construction.

puede finalizar por las causas de fin del mandato : revocación, renuncia, muerte o incapacidad²¹⁹.

Además de lo anterior, el contrato de promoción en el sector protegido cuenta con normas especiales²²⁰; requiere forma escrita, debiéndose contener en él algunas menciones obligatorias; antes de la redacción y firma del contrato de promoción no pueden exigirse ni aceptarse pagos, ni tampoco ejecutarse ningún trabajo material de construcción bajo pena de nulidad²²¹. El Code de construction regula también las obligaciones de las partes, las generales de la promoción de inmuebles para cualquier uso y las particulares del sector protegido²²².

²¹⁹ Estudio exhaustivo del code realizado por PÉRINET - MARQUET, H : "*Répertoire DALLOZ*" : Civil, Promotion immobilière, tomo VII. Dalloz, Paris 1995, pág. 10.

²²⁰ Art. L-222 Code de la construction.

²²¹ WALET, P : "*Répertoire DALLOZ*" : Droit des sociétés, cooperatives de construction, tomo II. Dalloz, Paris 1994, pág. 8, hace referencia al comienzo de ejecución del contrato de promoción inmobiliaria, que se produce "cuando se firme el contrato de arrendamiento de obra o en defecto de un contrato de tal naturaleza, del inicio de los trabajos, a excepción de los contratos limitados a los estudios preliminares previstos, en el caso en que estos contratos son distintos del contrato de promoción inmobiliaria".

PÉRINET- MARQUET, H : "*Répertoire DALLOZ*" : Civil, Promotion immobilière, tomo VII. Dalloz, Paris 1995, pág. 6, considera, como atenuaciones del principio de aplicación de las normas de la promoción inmobiliaria, la posibilidad de contratos de estudios preliminares previos o la posibilidad de realización del contrato por actos separados limitados cada uno de ellos a una fase concreta.

Ver nota a pie 207.

²²² PÉRINET - MARQUET, H : "*Répertoire DALLOZ*" : Civil, Promotion immobilière, tomo VII. Dalloz, Paris 1995, pág. 6 y ss: El promotor está obligado, en general a: 1. Edificar el inmueble según precio y plazo previstos (se incluyen en la gestión las operaciones materiales, jurídicas, administrativas y financieras realizadas por el o contratadas parcialmente con terceros : para los actos de disposición y endeudamiento se requiere mandato especial). 2. Rendir cuentas : se rinde cuentas en base al mandato, pero el precio fijado en el contrato de promoción, a diferencia de otros contratos, es definitivo, y a él debe ajustarse el promotor, soportando los imprevistos del contrato (si la cuantía es superior a lo previsto y no hay culpa del dueño de la obra). Los imprevistos que impliquen ahorro para el dueño de la obra le corresponden a este último, salvo que se pacte otra cosa. La rendición de cuentas se refiere a la utilización y a la cuantía de éstas. 3. Garantiza las obligaciones de sus contratantes. El promotor se asimila a un constructor, respondiendo de los trabajos realizados por éstos, aunque puede posteriormente dirigirse contra aquel a quien sea imputable el defecto : también puede ser objeto de responsabilidad solidaria con los contratantes. 4. Asegurar su responsabilidad como constructor y como representante del dueño de la obra. 5. Aconsejar a su cliente.

Además, como obligaciones del promotor específicas del sector protegido de vivienda, debe : 1. Informar al dueño de obra de los contratos que concluye en su nombre, y a los contratantes del precio convenido en el contrato de promoción. 2. Garantizar la buena ejecución del contrato al dueño de la obra. Se garantizan los fondos necesarios para realizar la obra mediante fianza o crédito. No se aplica la garantía en caso de traspaso del plazo de entrega por fuerza mayor o por causa del dueño de obra. La garantía finaliza cuando la obra se entrega y se saldan las cuentas.

Con la remisión al contrato de promoción inmobiliaria se intentan solucionar los problemas de la transferencia de riesgos de la operación al promotor y la protección de los socios adquirentes, aunque el sistema de remuneración se vea afectado y aumentado, puesto que el promotor actúa y cobra como un intermediario. No obstante ofrece mayor garantía, al evitar suplementos de precio por la garantía financiera contratada por la Cooperativa respecto de los socios cooperativos²²³. Se regula también

El dueño de la obra está obligado, en cualquier caso, en general y dentro del sector protegido (aunque en el sector protegido se regulan de forma más detallada cada una de las obligaciones), a : 1. Pagar el precio de la obra. El precio debe haberse convenido y precisado en el contrato, junto con una cuantía para imprevistos (si no se prevén imprevistos en cuantía concreta con acuerdo del dueño de la obra, el promotor sólo puede gastar aquello que pueda justificar). Pueden actualizarse o revisarse según se haya previsto en el contrato. El pago se prevé escalonado, desde la firma del contrato de promoción. Los tramos de dicho escalonamiento varían según el estado de las obras. Se prevén unos máximos en momentos concretos de la obra. 2. Pago de la remuneración del promotor, expresamente prevista y concretada en el contrato. El pago también es escalonado, en función del momento y situación en que se encuentren las obras.

²²³ WALET, P : "*Répertoire DALLOZ*" : Droit des sociétés, coopératives de construction, tomo II. Dalloz, Paris 1994. Pág. 8.

la responsabilidad del promotor como constructor²²⁴, junto a la cual también se le puede exigir responsabilidad de Derecho común²²⁵.

²²⁴ BERGEL, JL : "Construction. Responsabilité des vices, malfaçons et dommages du promoteur à l'égard des souscripteurs". JURISCLASSEUR civil, art. 1831-1 a 1831-5. 1984, pág. 19 al final - 26 .

Si el promotor es a su vez dueño de la obra, el adquirente del inmueble le exigirá responsabilidad a él mejor que a los contratistas de obra. Si el promotor no es dueño de la obra, será este último el que actuará, exigiéndole responsabilidad. Posteriormente el promotor podrá dirigirse contra los otros intervinientes para exigirles su responsabilidad. En ambos casos, la tendencia del que exige responsabilidad es dirigirse hacia el promotor como responsabilidad - relevo, provocando una cascada de recursos de éste frente a los intervinientes en la obra.

Los sujetos incluidos dentro del concepto amplio de promotor (vendedor, promotor en sentido estricto, prestatarios de servicios, mandatarios asimilables a arrendador de obra, constructores), lo son a los efectos de exigencia de responsabilidad por su actuación como constructor, según indica el artículo 1792-1 del Code Civil (resultado de la reforma de 1978, también añadida al Code de construction, art. L. 111-12 a 20). La responsabilidad que comprende es la decenal por vicios ocultos de los elementos principales del inmueble que provocan que éste sea inservible para su futuro (art. 1792 y 1792-2), la bienal para los elementos de equipamiento del inmueble excluidos de la decenal (los no esenciales, art. 1792-3), e incluso la responsabilidad por vicios aparentes durante un mes desde la entrega (art. 1642-1). La responsabilidad del promotor no puede ser excluida en el contrato, y en caso de que ésta se produzca se tendrá por no puesta : art. 1792-5 del Code Civil. Se establece, en el art. 1792, una presunción de responsabilidad del constructor, que requerirá prueba en contrario de la existencia de una causa de exoneración (fuerza mayor, actuación de tercero del cual el constructor no sea responsable o actuación de la víctima). La responsabilidad puede ejercerla el dueño de la obra, según prevé el art. 1792 para la responsabilidad decenal, o los sucesivos adquirentes del inmueble según añade la jurisprudencia, teniendo en cuenta el art. 1646-1 del Code Civil, aunque ello se aplica a cualquier tipo de responsabilidad. Los intervinientes en la construcción del inmueble serán responsables solidariamente (promotor, arquitecto, empresario) frente al dueño de la obra o al adquirente, aunque el reparto del daño no responda a este criterio.

²²⁵ Analiza dicha responsabilidad BERGEL, JL : "Construction. Responsabilité de droit commun du promoteur". JURISCLASSEUR civil 1984. Distingue el autor tres tipos de responsabilidad del promotor: **frente a los clientes, frente a terceros o como dirigente o socio**.

1. La responsabilidad frente a los clientes : puede ser delictiva o casi (excepcional, por ejemplo si el contrato es nulo, o si se produce un accidente con daños corporales) si no se encuentran ligados por un contrato, o también contractual según los principios del derecho común (pág. 2 a 12)

- La responsabilidad contractual abarca los daños no cubiertos por la responsabilidad específica de los constructores, daños constatados antes (vicios aparentes) y después de la recepción (ocultos). La exigencia de responsabilidad se basa en una obligación de resultado del promotor, obligación que afecta a los diversos tipos de promotores, y que es aplicable aunque el promotor no tenga una relación directa con el cliente, dando lugar a una exigencia de responsabilidad objetiva. Sería, por ejemplo, el caso de responsabilidad del arquitecto por vicios que no afectan a la solidez de la casa ni a su destino (durante 10 años desde recepción salvo dolo o falta exterior al contrato). La pérdida de la cosa antes de la recepción es asumida por el constructor, aunque la propiedad se transfiera a medida que se edifica.

Los supuestos de responsabilidad contractual a que se refiere el autor son : defectos (terreno, aspecto o estructura) de conformidad con lo convenido en el contrato (contrato de venta, contrato de promoción inmobiliaria) o incluso con la publicidad, retraso en la entrega que provocará la ejecución forzosa o resolución, y generalmente indemnización por perjuicios excepto en los casos de fuerza mayor (el retraso es aplicable en los casos de venta de inmuebles a construir - a término o en estado de acabado futuro ; y en los de contrato de promoción de ILM aplicable a cualquier supuesto de promoción libre, en caso de promoción, además, si el retraso no es imputable al dueño de la obra o a fuerza mayor daría lugar a revisión no da lugar a revisión de precio en beneficio del promotor), inmuebles inacabados (si el promotor no acaba por ausencia de financiación suplementaria, los clientes pueden actuar contra él y reclamarle lo pagado) exceptuándose los casos de inacabado imputable a la conducta de las víctimas y otros defectos (que no afectan a la solidez del inmueble ni a su destino). En caso de faltas graves o dolosas el plazo y la exigencia de responsabilidad se agrava.

2. Responsabilidad del promotor respecto a la sociedad inmobiliaria (pág. 13 y 14) : si es ajeno a la sociedad, la responsabilidad será idéntica a la que los socios pueden reclamarle. Si es dirigente de la sociedad, además de

No se aplican las normas de la promoción inmobiliaria cuando la gestión y ejecución de la construcción se encargue a una SA cooperativa de producción de HLM o a sociedades de economía mixta, ya que en estos casos se exige la conclusión de un contrato de prestación de servicios similar al de promoción²²⁶. Tampoco se aplican las normas de la promoción inmobiliaria si la persona que se obliga respecto del dueño de la obra lo hace en cumplimiento de operaciones simplemente administrativas previstas en el Code Civil²²⁷.

En resumen, en la promoción inmobiliaria, el legislador francés intenta regular y controlar una práctica común : la creación, dirección y organización de la construcción de inmuebles respecto de un sujeto, dueño de la obra; construcción realizada por el propio promotor, o por un tercero mediante subcontratos. La promoción se produce no sólo en las situaciones en que claramente se establezca, sino también en aquellas en las que de hecho existan indicios de promoción, aunque jurídicamente no lo sean -así lo aplica la jurisprudencia, y lo entiende la doctrina-. Es interesante la regulación de dicho contrato, las obligaciones y derechos de los intervinientes y los efectos del mismo. En relación con la regulación francesa de las Cooperativas de construcción hay que destacar la conveniencia y oportunidad de diferenciar jurídicamente los supuestos en

su responsabilidad como asociado, es responsable como dirigente penal y civilmente frente a la sociedad, excepto que ésta en Asamblea admitiera su actuación. Algunos supuestos de responsabilidad citados son : exceso en los poderes, mala gestión con errores e irregularidades financieras o contables, obtención irregular de beneficios. La responsabilidad del promotor puede ser refleja (a consecuencia de la responsabilidad exigida a la sociedad por los socios, incluso antes de dicha acción) o inmediata por faltas directas personales del promotor.

Responsabilidad del promotor frente a terceros (pág. 14) : generalmente serán arrendatarios del dueño de la obra o asociados de la sociedad dueña de la obra. Se rige por las reglas de las relaciones de vecindad o arts. 1382 y ss del Code Civil. Los perjuicios causados a los vecinos antes del acabado del inmueble son responsabilidad del dueño de la obra (el promotor puede también ser dueño), que podrá luego dirigirse contra los culpables. No afecta a esta responsabilidad la fuerza mayor ni la licitud de la construcción.

²²⁶ Art. L. 222-2 del Code. Este contrato de prestación de servicios es distinto del de promoción inmobiliaria, debe sujetarse a un modelo ministerial establecido, y en él se fijan las relaciones entre la sociedad Cooperativa de producción HLM y la sociedad Cooperativa de construcción.

²²⁷ WALET, P : "Répertoire DALLOZ" : Droit des sociétés, coopératives de construction, tomo II. Dalloz, Paris 1994, Pág. 9

que un tercero es el encargado de la gestión y administración de la construcción de los inmuebles. También es importante que dicha práctica pueda remitirse a un contrato moderno como es el de promoción inmobiliaria, creado con el fin de regularizar y controlar este tipo de actuaciones y de establecer la responsabilidad de los sujetos intervinientes, lo que no impide que podamos no estar de acuerdo con su aplicación en todos los supuestos. Se trata de un contrato que se ha elaborado superando la aplicación de otros contratos clásicos e insuficientes para este tipo de situaciones, como el mandato y el de obra.

Como vemos, el supuesto de promoción francés es similar al que nosotros analizamos en nuestra tesis: Cooperativa que encarga la gestión a una empresa gestora, construyendo las viviendas un tercero mediante un contrato de obra, y quedando la Cooperativa con la única función de representante de los socios. Según la interpretación que el ordenamiento jurídico francés realiza de estos supuestos, la función de la empresa gestora sería en muchas ocasiones la de promotor inmobiliario, lo que le otorga un protagonismo especial respecto a obligaciones, responsabilidad... Esta interpretación podría ser beneficiosa para la protección de la Cooperativa y los cooperativistas, y para lograr la identificación práctica y la posible regulación de éste y otros supuestos de actuación cooperativa. Sin embargo, la actuación de la empresa gestora no puede equipararse al promotor francés porque la gestora realiza una actividad de prestación de servicios y/o mandato, pero no siempre asume las obligaciones de un contrato de obra, como obligación de resultado -la regulación francesa del contrato de promoción lo sitúa como un híbrido del mandato y el arrendamiento de obra-. Se añade a lo anterior que el legislador francés no distingue o

clasifica a los promotores inmobiliarios en función de su actividad, lo que si hace nuestra jurisprudencia y doctrina, pues cada supuesto es diferente.

No obstante, pese a las diferencias, sería interesante la regulación de estos supuestos, que en nuestro país se suceden en la práctica y que escapan a la regulación de la construcción inmobiliaria en general. Desde aquí podemos proponer una regulación de la figura del promotor inmobiliario, distinguiendo por supuesto las diferentes clases de promoción que existen, y teniendo en cuenta el Derecho francés aunque sin adaptar absolutamente sus notas. Creemos que en los casos de promoción inmobiliaria de Cooperativas pueden verse incluidas algunas prestaciones propias del contrato de obra y otras del tipo de servicios o del mandato. Sin perjuicio de que, en algún caso, se califique a las empresas gestoras de Cooperativas como promotores inmobiliarios, y que las normas de promoción francesas sean útiles para regular la promoción en nuestro ordenamiento, no pueden adaptarse y aplicarse tal cual están y para todos los supuestos de hecho y de derecho. En la línea planteada se encuentra el último Proyecto de Ley de ordenación de la edificación, aunque no define claramente la promoción de las gestoras de Cooperativas, ni distingue tipos de promoción, y se ocupa más bien, como veremos, de las responsabilidades y garantías en la construcción.

2.4.2. Remisión al Proyecto de Ley de ordenación de la edificación.

Las cuestiones relativas a la edificación y a las responsabilidades que en ella surgen han sido sucesivamente presentadas como objeto de reforma en los últimos años²²⁸, sin dar

²²⁸ En la V legislatura, anterior a la actual, por la vía del Proyecto de Ley se intentó modificar la regulación del CC en materia de contrato de servicios y obras, que no llegó más por finalización de la legislatura (BOCG. Congreso de los diputados. V legislatura, serie A, núm. 58-I. Proyecto de Ley de 12-4-1994). Este no se ocupaba de la promoción inmobiliaria sino de la regulación de los contratos de servicios y obras en el CC. En relación a éste último se incluían, entre los responsables, en el posible artículo 1600, a los promotores inmobiliarios, cuya responsabilidad era exigible por vicios que dieran lugar a ruina, sin perjuicio de otras acciones por incumplimiento contractual. Se consideraban promotores en el siguiente sentido: *"El contratista de una obra inmobiliaria de carácter permanente y el que en ejercicio de una actividad empresarial la hubiera promovido serán responsables..."*

fruto. En la actual legislatura se han sucedido los anteproyectos de Ley de ordenación de la edificación en el Ministerio de Fomento. El último, publicado ya como Proyecto de Ley, es de 15-3-1999²²⁹. En él, además de las exigencias técnicas y administrativas de la edificación (calidad, proyecto, licencias, ejecución de obra) se pretenden regular las posiciones de los diversos agentes de la edificación, su actuación y responsabilidades. Se denominan agentes de la edificación, en el artículo 8, a las *“personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación”*, entre los cuales se encuentran el promotor, el proyectista, el constructor, el director de obra, el director de la ejecución de la obra, las entidades de control de calidad de la edificación, los propietarios y los usuarios. A nosotros nos interesa especialmente el promotor, desarrollado en el artículo 9²³⁰, que es *“cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente decide, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación”*. La Exposición de motivos del proyecto equipara al promotor a las empresas gestoras de cooperativas²³¹, equiparación que recoge el artículo 17.4²³², relativo a la responsabilidad civil de los agentes -

²²⁹ BOCG. Congreso de los diputados. VI legislatura. serie A. núm. 163-I.

²³⁰ “1. Cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente decide, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación será considerada promotor. 2. Son obligaciones del promotor: a) ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él. b) facilitar la documentación e información previa necesaria para la redacción del proyecto así como autorizar al director de obra las posteriores modificaciones del mismo. c) gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas, suscribir el acta de recepción de la obra y, en su caso, transmitir la titularidad mediante el otorgamiento de escritura pública. d) suscribir los seguros previstos en el artículo 19.e) entregar al adquirente, en su caso, la documentación de obra ejecutada, o cualquier otro documento exigible por las administraciones competentes.”

²³¹ “A la figura del promotor se equiparán también las de gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios, u otras análogas que aparecen cada vez con mayor frecuencia en la gestión económica de la edificación.”

²³² “Sin perjuicio de las medidas de intervención administrativas que en cada caso procedan, la responsabilidad del promotor que se establece en esta Ley se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor de la real naturaleza jurídica del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios, u otras figuras análogas.”

contractual y extracontractual²³³-. Se exige al promotor de cualquier tipo el aseguramiento de las cantidades aportadas a cuenta del precio²³⁴ -cuestión ya prevista en materia de Cooperativas-, y se impide la inscripción²³⁵ de la liquidación de la persona jurídica promotora mientras no hayan prescrito las acciones previstas frente a ella, salvo que se acredite la constitución de las garantías legalmente previstas –tema especialmente interesante-. Se imponen al promotor determinadas obligaciones, pero no se hace ninguna referencia a la obligación de entregar la obra al adquirente de la misma, obligación principal que se añadiría a las demás en el caso de las empresas gestoras de Cooperativas –quizá el proyecto piense que esta obligación estará recogida en el contrato de gestión, o quizá está contemplando al gestor de Cooperativas como un gestor de documentos, proyectos, licencias o seguros; pero lo cierto es que no se refiere a ella-.

La consideración de las empresas gestoras de Cooperativas como promotores implicaría que les serían exigibles las obligaciones de éstos –que a su vez, a efectos de responsabilidad, se equiparan a otros intervinientes en la edificación-. Parece que el Proyecto se refiere a la equiparación de cualquier empresa gestora de Cooperativas con los promotores, sin distinguir ningún supuesto. Aunque pudiera pensarse que el

²³³ La responsabilidad objetiva les es exigible durante tres y diez años según el tipo de daños causados en la construcción (el plazo de un año se aplica sólo al constructor), y se incorporaría al art. 1591 que sería modificado también. En cualquier caso responden también solidariamente con el resto de agentes por vicios o defectos de construcción.

²³⁴ Disposición adicional segunda. *“La percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968 de 27-7, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Dicha Ley, y sus disposiciones complementarias, se aplicarán en el caso de viviendas con las siguientes modificaciones: a) la expresada normativa será de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa...”*

²³⁵ *“Art. 20. 2. Cuando no hayan transcurrido los plazos de prescripción de las acciones a que se refiere el artículo 18, no se cerrará en el Registro Mercantil la hoja abierta al promotor individual ni se inscribirá la liquidación de las sociedades promotoras sin que se acredite previamente al Registrador, la constitución de las garantías establecidas por esta Ley, en relación con todas y cada una de las edificaciones que hubieran promovido.”*

desarrollo de la figura del promotor podría limitar la condición de tal a aquellas empresas gestoras que realmente actúen como promotor a todos los niveles -en base a su contrato o su intervención decisiva en la promoción-, al no especificar la Ley cual es esta intervención, debemos limitarnos a estimar que lo serán todas, y a interpretar su actuación a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción -como plantea el 17.4-, o su participación en la decisión, programa o financiación (recursos propios o ajenos) de las obras de edificación -según dispone el 9.1- siempre teniendo en cuenta lo previsto en la Exposición de motivos, que alude a la asunción de la iniciativa por el promotor.

Es preciso resaltar que, tras la presentación de enmiendas²³⁶ al Proyecto por los grupos parlamentarios, el último texto, resultante del informe de la ponencia²³⁷, incluye en el concepto de promotor la referencia a la actuación *“para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”*, lo que significa la incorporación de algunas figuras, entre las que se encuentran las Cooperativas de viviendas, dentro del concepto genérico de promotor, con las consecuencias que ello implica. Es criticable que el legislador no distinga los diferentes tipos de promoción, ya que se trata de una realidad que no puede obviar, y que los Tribunales y la doctrina se esfuerzan en clarificar. Introducido este concepto amplio, el legislador deberá plantearse si todos los supuestos que pueden incluirse en él se verían afectados por la responsabilidad del promotor como agente de la edificación, y en que medida.

²³⁶ BOCG. Congreso de los diputados. VI legislatura, serie A, núm. 163-9. Sesión de 21-5-1999. La enmienda que afecta al contenido del art. 9 relativo al promotor es la núm. 26 del Grupo Parlamentario Vasco, que propone modificar el texto en los siguientes términos: *“Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título.”*

²³⁷ BOCG. Congreso de los diputados. VI legislatura, serie A, núm. 163-10. Sesión de 15-6-1999.

Por supuesto se trata de un Proyecto de Ley, y hay que esperar a ver que ocurre con él, aunque la cercanía del fin de la legislatura haga presagiar su estancamiento. Lo cierto es que se mueve en la línea de la regulación francesa de la promoción inmobiliaria, al incluir a las empresas gestoras de Cooperativas en el concepto de promotor. Es interesante observar que en su última redacción no distingue expresamente a las Cooperativas de viviendas de las gestoras, a las que se refiere como promotores –las Cooperativas pueden ser consideradas como promotores, pero no en el sentido del Proyecto sino como dueño de la obra-.

IV. Conclusiones.

Nos hemos referido, brevemente, a la relación de la Cooperativa con los terceros que participan normalmente en la actividad de construcción de las viviendas, constructor, arquitectos y otros técnicos, entidades financieras, propietarios del solar, gestoras –dejando a un lado los supuestos de autoconstrucción, autogestión y autofinanciación-. La Cooperativa contrata con ellos, por cuenta de los socios, siendo ella o la empresa gestora quien realiza la selección de los mismos. Con el constructor se celebra un contrato de obra en orden a la construcción del edificio. También de obra y/o servicios es la relación jurídica contractual que afecta a los técnicos, arquitectos y aparejadores, encargados de la redacción del proyecto y su ejecución. Las cajas o bancos financian generalmente la construcción de las viviendas, bajo la fórmula del préstamo hipotecario sobre el edificio. La obtención del solar para construir puede responder a distintas posibilidades, la copropiedad sobre el mismo, su compra o permuta por viviendas... El estudio de cada una de estas relaciones podría constituir por sí mismo el objeto de otros trabajos de investigación, por lo que no las hemos analizado en profundidad sino sólo al objeto de su contribución para explicar algunos aspectos de la tesis,

especialmente la relación jurídica de la Cooperativa con el socio, y la adquisición de la propiedad de las viviendas.

La evolución de la legislación cooperativa en nuestro país muestra una tendencia creciente a la regulación de la gestión de la Cooperativa, tanto la interna realizada por sus órganos, como la externa en manos de la Dirección, o puntualmente de cualquier persona. El legislador inicialmente se ocupó de la externa, prohibiéndola directa o indirectamente en 1931 y 1942, y regulando la figura del Director en 1974 y 1987. En la actualidad, la LC de 1999 y las normas autonómicas de cooperativas se refieren a la posibilidad de gestión interna y externa aunque lo hacen de forma breve e indirectamente, con relación a otros temas – abandonando la LC la regulación de la figura del Director cuyas normas podían servir de base para la gestión ajena-. Pese a la parquedad legal, la realidad de la gestión por empresas profesionalizadas está ahí, y va cobrando cada vez mayor fuerza. La doctrina admite todas estas posibilidades, pero apenas se ocupa de ellas.

Nosotros admitimos y partimos de la realidad de la gestión externa en los diferentes ámbitos de la vida cooperativa, internos y externos frente a terceros –que puede basarse en el artículo 32 LC-; la gestión puede comprender tanto las cuestiones sociales de organización de la Cooperativa como de representación de la comunidad de socios, puede gestionarse cualquier actividad externa, con cualquier tercero, persona jurídica pública o privada, individual o colectiva. La gestión puede abarcar, temporalmente, tanto la promoción cooperativa como la construcción de las viviendas y su entrega, e incluso la administración posterior de la comunidad de propietarios resultante y la liquidación ulterior de la Cooperativa, si ésta se produce. Por supuesto, la intervención en cada uno de esos momentos lleva implícita la diligencia exigible por la actividad

profesional de gestión, que no puede ser excluida en ningún caso, y que afectará a ésta al margen de su contenido, de la calificación de la actividad y de la relación con la Cooperativa y los socios.

La gestión interna, realizada por los propios órganos cooperativos, responde a una realidad más bien pretérita y formal, que se encuentra perfectamente regulada en las normas cooperativas. El órgano de gestión por excelencia es el Consejo Rector, aunque la decisión en los asuntos básicos corresponda preceptivamente a la Asamblea. También gestionan los promotores, en el momento inicial, y los liquidadores, en el final, y el Director o gerente como apoderado o gestor singular. La representación legal de la Cooperativa es ejercida por su Presidente o Vicepresidente, y no puede delegarse en otros sujetos.

Por su parte la gestión externa precisa todavía una regulación y un estudio doctrinal adecuado, que permita una mayor protección de los cooperativistas, generalmente personas físicas individuales que persiguen una vivienda para uso propio; y que se una a la protección que ostentan en la relación con los encargados de la construcción, técnicos intervinientes y otros..., y a la especial que les es aplicable como consumidores de viviendas. Debe lograrse una gestión profesional a la cual pueda exigirse una actuación profesional; y que, en caso de falta de diligencia, se les pueda reclamar ésta, tanto si afecta a las relaciones internas de la Cooperativa con el socio (defectos en Asambleas, acuerdos, adjudicación de viviendas...), como a las relaciones con terceros (elección adecuada de los que intervendrán en la obra, redacción de los contratos con ellos celebrados conforme a los intereses de la Cooperativa...).

Nos manifestamos a favor de una regulación de las bases específicas de la gestión de Cooperativas en las propias normas cooperativas, aunque sea breve -no tanto como la

actual, que sólo se refiere a ella en los art. 32 y 91-. Dicha remisión podía completarse con una interpretación extensiva de las normas de la LGC sobre la figura del Director, lo que no es posible al haber sido suprimidas por la LC, erróneamente a nuestro parecer. Reivindicamos las normas de la LGC sobre límites a su actuación, responsabilidad, incapacidades e incompatibilidades y sus consecuencias, del RD 2028/1995, así como de la regulación civil o mercantil de obligaciones y contratos que sea precisa, sin que parezca necesario, excepto en relación a la materia de consumidores, una norma específica sobre empresas gestoras de cooperativas. Es preferible interpretar debidamente las normas que ya existen, que incorporar otras nuevas -que necesariamente serían estatales- al ordenamiento jurídico, excesivamente saturado en número que no en calidad de ellas.

En relación al ámbito de actuación de la gestión externa y sus límites, deben destacarse las siguientes premisas, extraídas de la LC. No pueden delegarse las facultades reservadas de forma imperativa a la Asamblea General, excepto su preparación, ejecución y la mediación en las mismas. Las facultades del Consejo Rector que correspondan al tráfico ordinario de la Cooperativa pueden delegarse en la empresa gestora, no así la gestión permanente o el control de la Cooperativa ni las directrices generales de la misma, así como otras cuestiones expresamente determinadas en la LGC, que han sido indebidamente derogadas en la LC. También debería ser incompatible que los miembros de la gestora y los socios cooperativos o sus familiares tengan vínculos entre sí. La LC ha eliminado la especial situación de los promotores no socios, con relación con la gestora, al exigir que los promotores cumplan con los requisitos para ser socios, lo cual es positivo. Con la aplicación extensiva de estas normas a las empresas gestoras, y mientras no existan otras –además del artículo 91 de

la LC, que en materia de viviendas se refiere a la gestión externa- se lograría una base jurídica cooperativa suficiente y específica, sin perjuicio que en su aplicación, en cada caso concreto, sea preciso acudir a otras figuras.

La intervención de la empresa gestora en la actividad cooperativa tendrá distinto contenido según los asuntos que trate - contribuye a lo anterior la visión del TS -; en unos casos nos encontraremos ante una verdadera promoción inmobiliaria encubierta, y en otros una combinación de mediación, comisión con o sin representación, arrendamiento de servicios y contrato de obra. Por ello, no puede identificarse absolutamente el contrato de gestión con ninguno de los conocidos, mandato, comisión, servicios... con o sin representación, individualmente entendidos, sino con todos o alguno de ellos según los casos. Podría pensarse que se trata de un contrato innominado o atípico, “contrato de gestión”, cuyo contenido está formado por notas o aspectos de las figuras citadas, que puede ir desde la gestión más simple hasta una auténtica promoción inmobiliaria. Todas las opciones, relación laboral, mandato o comisión, mediación, arrendamiento de servicio o incluso de obra, contrato atípico y promoción son posibles fórmulas útiles para calificar la relación entre las empresas gestoras y las Cooperativas, fórmulas que se añaden y completan las normas cooperativas citadas, a cuya interpretación contribuyen. Además sería deseable exigir la aplicación de las normas del RD 2028/1995 a todas las Cooperativas de viviendas, al margen de que sean o no calificadas como protegidas administrativamente, con lo que se lograría el control de la forma y consecuencias del contrato celebrado entre la Cooperativa y la empresa gestora, de su contenido -actos de administración y no de disposición, lo que no impide algún tipo de intermediación en este último caso-, y su aprobación o ratificación por la Asamblea General. La empresa gestora quedaría

obligada también a acreditar su profesionalidad, y a la responsabilidad exigible por razones de ésta. El precio y gastos de la vivienda serían objeto de control, y también los derechos adquiridos por los socios que no pueden transmitirse a la gestora. Se eliminarían los miembros del Consejo con intereses ajenos a la Cooperativa, exigiéndoles que cumplan con los requisitos del resto de socios (cuestión que ya se ha incorporado a la LC) –al margen de permitir, como hace la LC, la intervención de terceros especialistas en la materia-.

La solución adoptada en el ordenamiento jurídico francés, la consideración de la intervención de un tercero en la gestión cooperativa, y en algún caso la realizada por el representante legal de ésta, como un supuesto claro de promoción inmobiliaria es quizá demasiado radical. No parece que deba identificarse de forma absoluta, y en cualquier caso, a las empresas gestoras con los promotores inmobiliarios. Puede que en algún supuesto deban ser calificadas como tales, por su situación fronteriza y sus conductas dudosas, e incluso puede que debieran regularse como un tipo especial de promotor inmobiliario, si bien con diferentes caracteres según los casos, como hace el TS al respecto; pero de ahí a considerarlas promotor inmobiliario a todos los efectos, es decir promotor-constructor o vendedor, hay bastante camino. No obstante, en esta línea se encuentra el Proyecto de Ley de ordenación de la edificación que persigue implantar un único concepto de promoción.

En conclusión, propugnamos una interpretación de la legislación cooperativa que permita controlar la actividad de gestión de empresas ajenas a la Cooperativa. Dicha interpretación, completada con las normas civiles y mercantiles correspondientes a los contratos relacionados con la misma, sería suficiente por ahora para la solución de los problemas que le afecten; sin perjuicio de que pudiera dar lugar a un contrato

innominado de gestión de Cooperativas, que sería materia de otra posible investigación. Asimismo, podría optarse por su inclusión en el grupo de los promotores inmobiliarios, siempre que se distingan diversos tipos de promotores según su intervención, lo que contribuiría, y no entorpecería, como en otros países, el control de la gestión.

CONCLUSIONES

I

La naturaleza de las Cooperativas como personas jurídicas presenta matices diversos. La doctrina que se ha referido a ella no se ocupa de su esencia, adoptando una visión errónea o llegando a la indefinición y el olvido. La confusión acerca de las Cooperativas se produce tanto en la pretensión de considerarlas asociaciones de interés particular, como en su inserción dentro de las sociedades al hilo de un concepto amplio de lucro o de la amplitud del propio concepto de sociedad, e incluso en la afirmación de su independencia como persona jurídica; y también con relación a su carácter civil o mercantil.

Las Cooperativas son asociaciones de interés particular, entidades organizadas en que los intereses individuales conforman un interés común. Como tales adoptan una forma societaria cooperativa admitida, denominada y diferenciada por la Ley, lo que podría convertirlas formalmente en sociedades, diferentes de las civiles y mercantiles; Sin embargo, estructuralmente adoptan una forma cooperativa cercana a otros tipos sociales. Ello no impide que sean asociaciones en esencia, e incluso que en algún caso la forma no absorba a la asociación origen. La confusión siempre latente sobre su carácter debería evitarse denominándolas simplemente Cooperativas, sin excluir su carácter asociativo, y dejando clara su independencia formal.

II

La actividad de la Cooperativa puede ser tanto civil como mercantil, o incluso en algún caso laboral o de otro tipo. La actividad determina el carácter y la clase de Cooperativa, y también la aplicación de las normas que se estimen necesarias en función de su objeto. Estimamos que en las Cooperativas de viviendas la actividad es propiamente civil, la construcción de inmuebles para uso propio. La Cooperativa actúa a favor de los socios, pudiendo existir incluso una asociación de personas independiente de la propia cooperativa, al no haber llegado a identificarse ambas totalmente en nuestro ordenamiento.

III

Admitimos y proponemos un estudio individualizado de cada clase de Cooperativa en razón de sus especialidades, objeto o actividad. Partiendo de lo anterior nos hemos centrado en las Cooperativas de viviendas, sin perjuicio de que en ellas también permanezcan las notas generales y comunes de la persona jurídica cooperativa. La distinción de las Cooperativas en función de su actividad tiene una base lógica evidente, y cuenta con apoyo legislativo, doctrinal y jurisprudencial en nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en otros cercanos.

IV

Deben diferenciarse distintas clases en las Cooperativas de viviendas, en función del fin que persigan y de las circunstancias que rodean la adquisición de las viviendas. Dentro de las múltiples posibilidades que existen, nuestro ordenamiento admite las de adquisición de la propiedad individual de la vivienda por el socio y las de cesión de su uso, utilizando y fomentando especialmente las primeras. Aún limitando el estudio por

razón del objeto o actividad, la vivienda, y centrándonos en la adquisición de su propiedad por el socio, la práctica cooperativa nos sitúa ante una diversidad de casos, no esquematizados todavía teóricamente pero que deben distinguirse necesariamente, dependiendo de quien construya las viviendas y quien gestione. Hemos elegido el más común y práctico de estos supuestos para estudiar sus caracteres, sin olvidar los demás, y concluyendo que coinciden todos en las notas generales.

V

El análisis diferenciado de las Cooperativas de viviendas requiere el estudio del servicio o actividad cooperativa en general, y de la adjudicación de la vivienda en particular, esencial en ellas. Respecto de esta actividad, se deduce de nuestro ordenamiento la premisa de que lo aportado para su consecución es ajeno al capital y patrimonio cooperativo y pertenece a los socios, lo que condiciona su carácter y la relación jurídica entre la Cooperativa y el socio.

El entendimiento de que la propiedad pertenece a la Cooperativa nos situaría ante supuestos diferentes, que se encuentran admitidos y regulados en otros ordenamientos. Así, podría haberse optado por considerar que la Cooperativa deviene propietaria de lo aportado y de las viviendas, transmitiéndolas al socio, lo que supone un cambio radical en su relación con los socios y con terceros. En tal caso la Cooperativa sería una asociación o sociedad que adquiere lo aportado, y transmite a los socios las viviendas acabadas. Esta posibilidad, aceptada en otros países, no tendría excesivo reflejo práctico en el nuestro, por la concepción de la propiedad inmobiliaria existente.

VI

La relación jurídica entre la Cooperativa y el socio es fundamental en materia cooperativa, independientemente de la actividad de aquélla. Dicha relación, compleja, ha sido objeto de escasos estudios, lo que no afecta a su carácter esencial en el análisis de la figura cooperativa. Entendemos que esta relación, formal y estructuralmente asociativa, se compone de otros aspectos de especial importancia que afectan al acto de adjudicación de las viviendas, y a la relación con los terceros.

VII

De acuerdo con la doctrina puede admitirse la consideración de la adjudicación de la vivienda como un “acto debido”, de cumplimiento del negocio jurídico de constitución de la cooperativa, que por su importancia llega a ser un negocio jurídico independiente, conexo o coligado con el anterior, “negocio jurídico de adjudicación”. E incluso, puede acogerse a posteriori, no “a priori”, la calificación de ésta como “acto cooperativo”, en que se resume la especial relación entre la Cooperativa y el socio.

En otro sentido, podría hablarse de un negocio jurídico de adjudicación absolutamente independiente al igual que se plantea en otros ordenamientos, entendiendo que la propiedad de lo aportado y de las viviendas pertenece a la Cooperativa, que las transmite al socio.

VIII

Debe destacarse, como aspecto de la relación entre la Cooperativa y el socio, la relación representativa entre ambos en orden a la contratación con terceros para el logro del objeto cooperativo, la vivienda. Dicha representación, excluidas otras figuras cercanas a la misma, responde a la denominada teoría doctrinal de la “interposición

gestora”, que ha sido objeto de nuestra atención ante la falta de desarrollo. Afirmamos que se trata de una representación indirecta cuya eficacia directa afecta a la obtención de derechos y asunción de obligaciones por las partes, que se refleja de forma absoluta en el proceso de adjudicación de la vivienda al socio. La facultad de representación tiene su origen, tanto formal como sustancialmente, en el negocio jurídico causal de constitución de la Cooperativa, y respecto de cada socio en la inscripción de éste.

IX

La representación se ejerce por la Cooperativa, por cuenta del socio, respecto de terceros con los que contrata, en nombre propio y por cuenta ajena -como dueña de la obra- como son el propietario del solar, constructor, arquitectos y aparejadores, entidades financieras, e incluso empresas gestoras. Las relaciones jurídicas principales que surgen entre ellos y la Cooperativa que actúa por cuenta ajena, es decir los negocios representativos, pretenden en última instancia lograr la consecución de la obra, el edificio de viviendas, viviendas que serán adquiridas y adjudicadas en propiedad a los socios. Y ello sin olvidar que nos encontramos en el supuesto de construcción realizada por un tercero ajeno a la Cooperativa.

El poder otorgado a la Cooperativa es expreso y especial, para un negocio determinado, la obtención de las viviendas, y su contenido abarca todo lo necesario para proporcionar éstas. La Cooperativa y los socios responden entre ellos tanto por los derechos y obligaciones cooperativos –derivados o no de la actividad cooperativa- como por los puramente representativos.

X

La eficacia de la representación es directa, con adquisición de los derechos de terceros por el socio, individual o colectivamente, quedando la Cooperativa sujeta a las obligaciones contraídas con aquéllos hasta el momento en que da a conocer al socio representado mediante su reconocimiento –adjudicación de la vivienda-. En este momento también él queda obligado respecto de terceros, pudiendo socios y terceros accionar entre sí –sin excluir a la Cooperativa representante-. El reconocimiento cooperativo, o adjudicación, con base en la representación, tiene efectos importantes respecto de la adquisición de la propiedad de la vivienda por el socio individual, de la que participa como fase esencial.

XI

Frente a terceros, debe distinguirse la responsabilidad social de la Cooperativa –y de los socios, limitada a su aportación, subsidiaria y mancomunada-, de la responsabilidad por la actividad cooperativa, que recae en último término sobre los socios – y pasa a ser obligación directa, personal, ilimitada y mancomunada-. Y ello, aunque antes de la adjudicación y entrega de las viviendas la responsabilidad por dicha actividad se ejerce frente a la Cooperativa. Las viviendas responden frente a cualquier acreedor cooperativo, por la actividad cooperativa o por otra causa, al margen de que sólo sean de su cargo las deudas derivadas de la promoción y construcción de las mismas.

XII

La relación representativa entre la Cooperativa y el socio, iniciada con la constitución de la persona jurídica y el ingreso de éste, suele finalizar con la adquisición de la propiedad de las viviendas. Dicha relación puede perdurar en el tiempo, e incluso

continuar después para cuestiones de administración o similares, siendo sustituida en ambos casos por el régimen imperativo de Propiedad Horizontal. El fin puede producirse antes de la adjudicación, por incurrir la Cooperativa en alguna causa de disolución, o por baja o expulsión del socio; tales circunstancias reflejan la relación inevitable entre el negocio causal cooperativo y la representación.

XIII

Es interesante reseñar la necesaria aplicación al supuesto cooperativo de las notas y efectos de la teoría de la representación, y las consiguientes obligaciones de los sujetos que intervienen en ella, especialmente de los socios y la Cooperativa representante, y de quien actúe por ésta, sus órganos o un tercero. Sin embargo, concluimos que dicha teoría es insuficiente para explicar de forma completa la relación entre la Cooperativa y el socio. Puede admitirse como aspecto parcial de dicha relación, en la actuación frente a terceros, pero deja de lado la cuestión esencial, la adquisición de la propiedad de las viviendas y el título o fundamento jurídico de adquisición.

XIV

En el estudio de la relación jurídica entre la Cooperativa y el socio afirmamos que las Cooperativas de viviendas de propiedad individual, pese a su nombre, atraviesan necesariamente un periodo temporal de copropiedad sobre lo aportado por los socios para la construcción de viviendas, que no ingresa en el capital ni patrimonio cooperativo, ni queda tampoco como propiedad individual y separada del socio. Se convierte en una masa patrimonial diferente, la llamada “masa de gestión económica”, en comunidad, en la que cada socio tiene su cuota parte. Esta opción, que deducimos de la interpretación de nuestras normas cooperativas y de la práctica cooperativa

actual, influye y afecta directamente a la adquisición de la propiedad de la vivienda por el socio, como cuota parte en la comunidad. Con relación a la adquisición de dicha propiedad, mantenemos que la Cooperativa reconoce, adjudica, pero no transmite. Esta circunstancia condiciona las especiales relaciones entre los sujetos, Cooperativa y socios, individualmente o en comunidad.

XV

La compleja dualidad planteada, Cooperativa –comunidad, responde a la razón y esencia de las Cooperativas de viviendas de propiedad individual, y no debe excluirse alegando el desinterés e inutilidad de las comunidades de bienes, puesto que aunque éstas parezcan en desuso, en la práctica van cobrando cada vez mayor auge, bien como comunidades de propietarios, o utilizando la figura jurídica cooperativa. Esta hipótesis la demostramos en la presente tesis desarrollando su contenido y efectos con relación a los sujetos principales, socios y Cooperativa, y los terceros que intervienen instrumentalmente para la obtención de la vivienda.

La comunidad temporal, la “masa de gestión económica”, no obstaculiza la analizada relación representativa entre la Cooperativa y el socio sino que la complementa. La comunidad precisa de la persona jurídica cooperativa para su organización y administración, para la formación de voluntad de los socios y la relación de éstos con terceros. La comunidad resulta de la especial personificación de la Cooperativa de viviendas, en la que pueden distinguirse perfectamente la persona jurídica cooperativa, de la asociación origen que llegará a convertirse en comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal.

XVI

La copropiedad o comunidad inicial tiene su origen en el propio negocio de constitución de la Cooperativa y en las aportaciones económicas para la construcción de las viviendas, o bien en la previa adquisición del solar en común; y queda sujeta desde el inicio a su división, cuando el edificio exista y sea entregado a los socios.

La división se produce mediante la constitución del régimen de propiedad horizontal y la correspondiente adjudicación y concreción de las viviendas que corresponden a cada socio. La adjudicación o reconocimiento es realizado por la Cooperativa como acto debido de cumplimiento del negocio jurídico de constitución de la Cooperativa, como reflejo de la eficacia directa de la representación ejercida frente a terceros, y como sujeto encargado de la división de la copropiedad. El fundamento jurídico de la adquisición de la propiedad de la vivienda es precisamente la condición de copropietario, posteriormente propietario individual, del socio, al que corresponde una propiedad concreta e individualizada, la vivienda.

XVII

La especial relación entre la Cooperativa y el socio, individualmente o en comunidad, así como la adquisición por éste de la propiedad de la vivienda, atraviesa por diversas fases, al igual que sucede en el ordenamiento jurídico italiano. En el nuestro, referidas a las Cooperativas de viviendas de propiedad individual, proponemos la distinción básica de las situaciones de aspirante o expectante, la de socio inscrito, y la de adjudicatario. La diferencia entre ellas, bastante clara en teoría, no lo es en la práctica en que se confunden la inscripción como socio y la adjudicación de la vivienda, al establecerse, formalmente, en el mismo momento y documento.

El aspirante goza de la esperanza de llegar a ser socio si se cumplen las condiciones previstas para ello, y en algún caso puede admitirse que tiene un interés legítimo, una expectativa de derecho, pero no se puede entender que tenga ningún derecho subjetivo al respecto.

La condición de socio, que surge en el momento en que se produce la inscripción como tal, implica el inicio de las relaciones cooperativas y de representación, y la inclusión como copropietario en la comunidad sobre “la masa de gestión económica”. Inherente a tal condición es el derecho subjetivo a que se reserve una vivienda a favor del socio, el derecho a la vivienda en general, no concreta todavía, respecto de la cual sólo ostenta una expectativa de derecho.

La adjudicación de la vivienda precisa, como elementos necesarios, la reserva de la misma a favor de cada socio y la existencia y entrega del edificio. La reserva, fase diferenciada en el ordenamiento jurídico italiano pero no tan clara en el nuestro, atribuye al socio el derecho a la adjudicación en la que se incluye, como individualización de la cuota correspondiente en la división de la comunidad. La entrega del edificio supone la adquisición de su propiedad por los socios – copropietarios-, cuyo fundamento es el contrato de obra con el tercero. La adjudicación es el reconocimiento del derecho individual de cada socio sobre la vivienda, que resulta tanto de la división de la copropiedad existente, como de la eficacia de la representación ejercida por la Cooperativa. Es el fruto de una autoconstrucción no material, que da lugar a la adquisición originaria del derecho de propiedad sobre cada uno de los pisos. Mediante la adjudicación se concreta la división de la comunidad, que debe entenderse fundamento jurídico de la propiedad del socio sobre la vivienda

determinada. Para la adquisición de la condición de propietario es precisa la adjudicación y la entrega de la vivienda.

XVIII

Puede hablarse de adjudicación en varios sentidos: formal como reconocimiento privado de la Cooperativa respecto del socio (reserva); en sentido estricto, reconocimiento otorgado en escritura pública como traditio instrumental o ánimo unido a la entrega; como acto debido de la Cooperativa al socio –pudiendo llegar a entenderse como negocio jurídico- y, en general, como acto o procedimiento por el cual el socio adquiere la propiedad de la vivienda cooperativa en su condición de representado y copropietario -a este último sentido amplio parecen referirse la Ley de Cooperativas estatal y las normas autonómicas, sin precisar otros-.

XIX

La distinción de las fases cooperativas presentadas precisa un desarrollo doctrinal adecuado, especialmente desde el punto de vista del Derecho civil. No es preciso que el legislador estatal se ocupe de las cuestiones internas que afectan a la adquisición de la propiedad, porque es materia civil ya regulada. Sólo deben exigirse algunas menciones en las normas cooperativas, como las relativas al aspirante, la distinción y efectos de la condición de socio o de adjudicatario respecto de la propiedad de la vivienda, y la clarificación del significado de la adjudicación.

XX

Las relaciones jurídicas de la Cooperativa con los terceros que intervienen en la construcción de las viviendas responden al esquema de actuación de la representación indirecta por cuenta del socio, individualmente considerado o en comunidad. De entre

todos ellos destaca la empresa gestora, figura adaptada a la realidad cooperativa, encargada de la administración interna de ésta y de la comunidad sobre la “masa de gestión económica”, así como de la relación con terceros, en términos más o menos amplios según los casos. Proponemos un análisis pormenorizado de las facultades y posibilidades de gestión, y la regulación de las mismas sobre la base de la interpretación de la normativa vigente.

XXI

Sin perjuicio de la protección de los terceros de buena fe que contratan con la Cooperativa, en el supuesto cooperativo también debe protegerse a los socios de la actuación de aquéllos y de los encargados de la gestión cooperativa. Queremos recordar que el conflicto de intereses entre unos y otros existe, y no es aconsejable que caiga en el olvido causado por las actuales tendencias de protección de la seguridad jurídica.

XXII

La gestión de la Cooperativa y de su objeto puede ser interna, realizada por los órganos cooperativos ad hoc, o encargarse a un tercero ajeno a aquélla, persona física o jurídica: empresa gestora. Mantenemos que la actuación de ésta, permitida por la Ley, debe sujetarse a las reglas que se deducen de la interpretación de la Ley estatal y normas autonómicas en su caso. Nos referimos a las normas cooperativas sobre gestión y dirección, cada vez más escasas –especialmente en la última Ley de Cooperativas-, de las que se extraen ciertos límites respecto de la representación legal o asuntos especialmente importantes. Todo ello sin olvidar los contratos a los que efectivamente

responda el contenido de la relación jurídica de gestión con la Cooperativa, mandato, servicios...

XXIII

Podría plantearse como posibilidad el carácter atípico de la gestión, carente de regulación. Creemos que tal contrato, hoy por hoy, es difícil de mantener, teniendo en cuenta que no se ha analizado con detenimiento el contenido de la gestión.

XXIV

También sería pertinente considerar la actuación gestora como un supuesto de promoción inmobiliaria. Aunque antes era preciso salvar el límite de la prohibición de delegación de la gestión permanente y absoluta de la Ley de Cooperativas de 1987, que podía excluir indirectamente la promoción inmobiliaria absoluta, ello no ocurre con la nueva redacción vigente, la Ley de Cooperativas de 1999, que elimina las limitaciones a la gestión delegada. Con relación a la condición de promotor, no admitimos su identificación total con el resto de promotores –de forma similar a la prevista por el legislador francés– lo que podría ocasionar la paralización de la actividad, pese a que nuestro legislador no lo tenga en cuenta, ya que el Proyecto de Ley de ordenación de la edificación, vía elegida para regular este tema, no distingue tipos y clases de promoción. Sobre esta cuestión, como afirma el TS en algún supuesto, podría proponerse la condición de promotor-mandatario en general, y de promotor-mediador en algún caso, llegando a considerarse promotor-constructor si adopta tal posición jurídica.

XXV

Los supuestos de autoconstrucción y autogestión cooperativa sólo se distinguen del estudiado –construcción por un tercero y gestión ajena- en la asunción por la propia Cooperativa de estas posiciones jurídicas, y las facultades y deberes correspondientes a las mismas. En el desarrollo inicial de la figura la Cooperativa se ocupaba de dichas tareas. Actualmente, la especialización y división del trabajo han provocado el recurso a terceros ajenos para realizarlas.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIAR DE LUQUE, L: *"Comentario a las Leyes políticas"*: dirigidos por O. ALZAGA VILLAMIL, artículo 22 de la CE, el derecho de Asociación, tomo II. Edersa, Madrid 1984, pág. 601 y ss.

AGUIAR DE LUQUE, L y ELVIRA PERALES, A: *"Comentario a las Leyes políticas"*: dirigidos por O. ALZAGA VILLAMIL, artículo 22 de la CE, el derecho de Asociación, tomo II. Edersa, Madrid 1997, pág. 612 y ss.

AGUILAR GARCÍA, M: *"Cooperativas de viviendas: disposiciones comunes y específicas"*, RDN, abril - junio 1972, pág. 1 y ss.

- *"Notas acerca de la capacidad, constitución y representación en la LGC de 1974"*, RDN, abril-junio 1975, pág. 27 y ss., y 60 y ss.

ALBALADEJO GARCÍA, M: *"El negocio jurídico"*. Bosch, Barcelona 1958.

- *"El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente"*. Actualidad Civil IV/1993, marginal 663 y ss.

- *"La distinción entre comunidad y sociedad"*. Actualidad Civil III/1995, marginal 669 y ss.

- *"Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales"*: dirigidos por M. ALBALADEJO, art. 609, tomo VIII, vol. 1º. Edersa, Madrid 1987, pág. 1 y ss.

- *"Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales"*: dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, art. 870 y 885, tomo XII, vol. 1º. Edersa, Madrid 1997, pág. 230 y ss., y 397 y ss.

- "Derecho Civil I". Vol. 1º. Bosch, Barcelona 1996.

- "Derecho Civil I". Vol. 2º. Bosch, Barcelona 1996.

- "Derecho Civil II". Vol. 1º. Bosch, Barcelona 1997.

- "Derecho Civil II". Vol. 2º. Bosch, Barcelona 1994.

- "Derecho Civil II". Vol. 2º. Bosch, Barcelona 1997.

- "Derecho Civil III". Vol. 1º. Bosch, Barcelona 1994.

- "Derecho Civil III". Vol. 2º. Bosch, Barcelona 1994.

- "Derecho Civil V". Bosch, Barcelona 1997.

ALONSO PÉREZ, Mª Teresa: *"Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos"*. Bosch, Barcelona 1997.

ALONSO PÉREZ, Mariano: *"Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales"*, dirigidos por M. ALBALADEJO. Edersa, Madrid 1990, tomo V. Vol. 1, pág. 326 y ss.

ALONSO SOTO, F: *"Manual de Derecho cooperativo"*. Praxis, Barcelona 1987.

- *“Ensayos sobre la Ley de Cooperativas”*. UNED, Madrid 1990.
- *“Estatuto de la sociedad cooperativa europea”*, Rev. Crédito cooperativo núm. 44/1990, pág. 7 y ss.

ALPA, G; ZATTI, P: *“Comentario al Codice civile. Leggi complementari”*. CEDAM, Padova 1995.

ALPA, G: *“Istituzioni di Diritto privato”*. UTET, Torino 1997.

ALTHAUS: *“Tratado de Derecho cooperativo”*. Zeus, Rosario, Argentina 1974.

AMORÓS RICA, N: *“El régimen jurídico fiscal de las Cooperativas españolas”*. Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1952. Apéndice, Madrid 1955.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R: *“La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia”*. Civitas, Madrid 1997.

DEL ARCO Y OTROS... *“Análisis económico y sociológico del cooperativismo agrario”*. Confederación española de Cajas de Ahorro, Madrid 1972.

DEL ARCO TORRES, MA Y PONS GONZÁLEZ, M: *“Derecho de la construcción. Aspectos administrativos, civiles y penales”*. Comares, Granada 1993.

ARROYO MARTÍNEZ, I: Prólogo a la Legislación sobre cooperativas. Tecnos, Madrid 1998.

ASCARELLI, T: *“Studi in tema di società”*. AG, Milano 1952.

AGECOVI. ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS GESTORES DE COOPERATIVAS Y COMUNIDADES DE VIVIENDAS. Madrid 1996.

ATAZ LÓPEZ, J: *“Comentario a la STS de 10-12-1991”*, en C.C.J.C núm. 28, pág. 123 y ss.

AUBY, J.B; PÉRINET-MARQUET, H: *“Droit de l’urbanisme et la construction”*. Montchrestien, Paris 1995.

BARBERO, D: *“Sistema de Derecho Privado”*. Tomo II. EJEa, Buenos Aires 1967.

BARJA PEREIRO, J: *“Las relaciones jurídicas y económicas de las Cooperativas de viviendas de protección oficial y las gestoras de cooperativas”*. Ministerio de Fomento, Dirección General de la vivienda, 1997.

BASSI, A: *“Cooperazione e Mutualità”*. CEDAM, Milano 1976.

- *“Commentario al Codice Civile”*: art. 2511 y ss (delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici), diretto da Piero Schlesinger. AG Giuffrè editore, Milano 1988.

- *“El derecho cooperativo en Italia”*. CIRIEC, Valencia 1990.

BASSI, A; CAPO, G; D’AMARO, T; SARNO, M: *“La riforma delle società cooperativa”*. AG Giuffrè editore, Milano 1992.

BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J: *“La comunidad de bienes”*. Edersa, Madrid 1954.

- *"El cumplimiento de las obligaciones"*. Edersa, Madrid 1956.

BENAVENTE MOREDA, P.: *"Comentario a la STS de 18-5-1992"*, en C.C.J.C núm. 29, pág. 561 y ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *"Comentarios al Código Civil"*: dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, art. 1160 y ss., tomo XVI, vol. 1º. Edersa, Madrid 1991, pág. 59 y ss.

- *"Comentarios al Código Civil"*: art. 1160 y ss., tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 175 y ss.-las citas de la colección de Comentarios del Ministerio de Justicia son siempre completas para evitar confusión con Comentarios Edersa-

- *"Comentario a la STS de 13-6-1984"*, en C.C.J.C núm. 6, pág. 1841 y ss.

- *"Comentario a la STS de 29-6-1987"*, en C.C.J.C núm. 14, pág. 4711 y ss.

BERGEL, J.L.: *"Construction. Responsabilité de droit commun du promoteur"*. JURISCLASSEUR Civil 1984.

- *"Construction. Responsabilité des vices, malfaçons et dommages du promoteur à l'égard des souscripteurs"*. JURISCLASSEUR Civil, 1984.

BETTI, E.: sobre F. Carnelutti, *"Teoría generale del reato"*. Padova, CEDAM 1933. Rivista Diritto Commerciale 1933, 1º, pág. 834 y ss.

- *"Teoría general del negocio jurídico"*. (traducción de A. Martín Pérez) Edersa, Madrid 1959.

- *"Teoría general de las obligaciones"*. (traducción de De los Mozos). Edersa, Madrid 1969.

BILBAO, COMISIÓN DEL COLEGIO NOTARIAL (Integrada por **BASTERRA PINILLA, Mª.J.**; **MARTÍNEZ SANCHÍS, M.M.**; **HERNÁNDEZ LAVADO, L.**; **ARES DE PARGA SALDÁS, E.**; **BUSTAMANTE ESPARZA, J.I.**; **SOBRINO GONZÁLEZ, L.**): *"Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa"*. Tomo II. Consejo General del Notariado, Madrid 1996. LGC art. 71 y ss: pág. 823 y ss.

BONFANTE, G.: *"La legislazione cooperativa. Evoluzione e problemi"*. Quaderni di Giurisprudenza commerciale. AG Giuffrè editore, Milano 1990.

BRANCA, G.: *"Comentario del Codice Civile"*. Comunione, condominio negli edifici, art. 1100 y 1117. Zanichelli 1972.

BROSETA PONT, M.: *"Derecho Mercantil"*. Tecnos, Madrid 1994.

BUQUICCHIO, M.: *"Disciplina costituzionale della cooperazione. Le cooperative edilizie"*. CEDAM, Padova 1990.

BURGOS, COMISIÓN DEL COLEGIO NOTARIAL. (Integrada por **VILLALOBOS CABRERA, J.A.**; **DELIBES SENNA-CHERIBBO, J.**; **ALONSO ANDRÍO, F.**): *"Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa"*. Tomo II. Consejo General del Notariado, Madrid 1996. LGC, art. 155.2º: pág. 1203 y ss.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A: “Comentario a la STS de 17-7-1990”, en C.C.J.C. núm. 24, pág. 931 y ss.

CABAÑAS TREJO, R; NAVARRO VIÑUALES, J.M: “Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa.” Tomo I. Consejo General del Notariado, Madrid 1996. LGC, disposiciones generales y artículo 1 y ss: pág. 409 y ss.

CAFFARENA LAPORTA, J: “Comentarios al Código Civil”: art. 35 y ss. Ministerio de Justicia, tomo I. Madrid 1993, pág. 235 y ss.

- “Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales”: dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, art. 7, tomo I, vol. 1º. Edersa, Madrid 1992, pág. 642 y ss.

CALZADA CONDE, MA: “Comentario a la STS de 15-3-1983”, en C.C.J.C. núm. 2, pág. 475 y ss.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M: “La revocación del mandato y el poder”. AAMN, Madrid 1948, pág. 555 y ss.

- “Estudio sobre la representación legal en Derecho mercantil”. Estudios jurídicos en homenaje a De Castro. Tecnos, Madrid 1976, pág. 297 y ss.

- “La insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal”. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid 1976.

- “Estudios de Derecho Civil”. Montecorvo, Madrid 1985.

- “Comentarios al Código Civil”, Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid 1993, pág. 2511 y ss.

CAPILLA RONCERO, F: “La sociedad civil”. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 1984.

- “Comentario a la STS de 16-7-1987” en C.C.J.C. núm. 14, pág. 4821 y ss.

- “Comentario a la STS de 2-12-1988” en C.C.J.C. núm. 18, pág. 1037 y ss.

- “Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales”: dirigidos por M. ALBALADEJO, art. 1665 y ss., tomo XXI, vol. 1º. Edersa, Madrid 1986.

- “Comentarios al Código Civil y compilaciones forales”: dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, art. 35 y ss., tomo I, vol. 3º. Edersa, Madrid 1993, pág. 826 y ss.

- “La persona jurídica: funciones y disfunciones”, Tecnos, Madrid 1994.

- “Derecho Civil. Parte general”, redactado por CAPILLA, F; LÓPEZ.A; MONTÉS, VL; ROCA, E; VALPUESTA, MR. Tirant lo Blanch, Valencia 1995.

- “Derecho Civil. Parte general”, redactado por CAPILLA, F; LÓPEZ.A; MONTÉS, VL; ROCA, E; VALPUESTA, MR. Tirant lo Blanch, Valencia 1998.

- "Derecho Civil. Obligaciones y contratos". Redactado por BLASCO, F; CAPILLA, A; LÓPEZ, A; MONTÉS, VL; PRATS, L; ORDUÑA, J; ROCA, E; VALPUESTA, MR. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

- "Derechos reales y derecho inmobiliario registral", redactado por BLASCO, F; CAPILLA, CLEMENTE, M; DOMINGUEZ, J; LÓPEZ B. DE HEREDIA, C; LÓPEZ, A; MONTÉS, VL; PRATS, L; ROCA, E; VALPUESTA, MR. Tirant lo Blanch, Valencia 1994.

- "Introducción al Derecho Civil Patrimonial Privado", CAPILLA RONCERO, F; LÓPEZ Y LÓPEZ, AM; REVUELTA GARCÍA, J; VALPUESTA FERNÁNDEZ, MR. Tirant lo Blanch, Valencia 1998.

CARLO LONGO: reseña sobre Fasc. 19 p. 881, F. Carnelutti. "*La prova testimoniale del pagamento*", Rivista Diritto Civile 1922, pág. 505 y ss.

CARNELUTTI, F: "*La prova testimoniale del pagamento*", Rivista Diritto Commerciale 1922.1º, pág. 335 y ss.

- "*Negozio giuridico, atto illecito, atto dovuto*". Rivista Diritto Commerciale 1923.1º, pág. 352 y ss.

- "Sistema de Derecho Procesal Civil", tomo I. Uteha, Argentina 1944, pág. 65 y ss.

- "*Teoría general del derecho*". Edersa, Madrid 1955, pág. 255 y ss.

CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E; GONZÁLEZ CARRASCO, C: "*Derecho de la construcción y la vivienda*". DILEX, Madrid 1997.

CASTÁN TOBEÑAS, J: "Derecho Civil Español, común y foral", revisado y puesto al día por DE LOS MOZOS, JL. Tomo I, vol. 2º. Reus, Madrid 1987.

- "Derecho Civil Español, común y foral", revisado y puesto al día por MARÍN PEREZ, P. Tomo II, vol. 2º. Reus, Madrid 1988.

- "Derecho Civil Español, común y foral", revisado y puesto al día por FERRRANDIS, J. Tomo IV. Reus, Madrid, 1993-95.

CASTAÑO COLOMER, J; GONZÁLEZ, J.J: "*Constitución y funcionamiento de las Cooperativas*". Bosch, Barcelona 1996.

DE CASTRO, F: "*Notas críticas. Contrato por persona a designar*". Anuario Derecho Civil. Madrid 1952, pág. 1368 y ss.

- "*El negocio jurídico*". Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid 1967, reedición de Civitas, Madrid 1985.

- "*La persona jurídica*". Civitas, Madrid 1984.

- "*Temas de Derecho civil*". Marisal, Madrid 1976.

- "*Derecho civil de España*". Civitas, Madrid 1984.

CAZORLA PRIETO, L: "*Comentarios a la Constitución*" dirigidos por GARRIDO FALLA, art. 129. Civitas, Madrid 1985, pág. 1361 y ss.

CERDÁ RICHART, B: “*El régimen cooperativo*”. Tomo I, la cooperación en general. Bosch, Barcelona 1959.

- “*El régimen cooperativo*”. Tomo II, las sociedades cooperativas en particular, organización, funcionamiento de las diferentes clases de Cooperativas. Bosch, Barcelona 1959.

CHULIÁ VICENT, E; BELTRAN ALANDETE, T: “*Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*”. Vol. I. Bosch, Barcelona 1992, pág. 1 y ss.

CIRIEC. Rev. De economía social núm. 19, 1995, pág. 199 y ss.

COCA PAYERAS, M: “*Comentarios al Código Civil*”, Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid 1993, pág. 1187 y ss.

CODE DE LA CONSTRUCTION ET DE L'HABITATION. Commenté et annoté par **F. BOUYSSOU** et **J. HUGOT**. Litec, Paris, 1990.

COLIN, A; CAPITANT, H: “*Cours élémentaire de Droit Civil Français*”. Tomo II. Dalloz, Paris 1953, pág. 762 y ss.

COMAS, A: “*Proyecto de Código Civil. Enmienda presentada al Senado por Augusto Comas*”. Ricardo Fé, Madrid 1885.

- “*Revisión del Código Civil español*”, tomo I. Madrid, Asilo de huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús 1895.

CECODHAS. COMITÉ EUROPEO DE COORDINACIÓN DEL HÁBITAT SOCIAL: “*Rapport*” 1993-1995.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, ARCHIVO: Legajos originales sobre la tramitación y redacción definitiva de la legislación sobre casas baratas de 1908 a 1921 y Sindicatos agrícolas de 1906,

- Ley de asociaciones de 30-6-1887: Elaboración, Diarios de sesiones.

- Proyecto de Ley de régimen tributario de cooperativas de 1932: Congreso de los diputados, legajo 475, núm. 25 y 35.

- Ley de sociedades cooperativas de 1931 y 1974. Legajos 1319 a 1323 y Diarios de sesiones de la Comisión de Trabajo de 15-10 a 26-11-1974 (tomos 14 a 16).

- Ley general de cooperativas de 1987: Elaboración de la Ley de 2-4-1987 y proyectos de 1980 y 1985: Documentación original legajos: (Proyecto 1980: núm. 1809-1810; Proyecto 1985: núm. 3351-3356, LGC 1987: núm. 3864-1868) y Diarios de sesiones correspondientes.

- Ley general de cooperativas: Tomos I y II. Expediente parlamentario para la elaboración de la Ley de 2-4-1987.

- Constitución Española: Expediente parlamentario, tomos I, II, III y IV. Tramitación y documentación original: legajos 813 a 830, documentación del Congreso de los diputados y del Senado.

"La Constitución española de 1978". Rev. Documentación administrativa, núm. Extraordinario 180. 2º, Presidencia del gobierno, Madrid 1978, pág. 56 y ss.

CUENA CASAS, M: "*Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*". Bosch, Barcelona 1996.

DABORMIDA, R: "*Derecho cooperativo europeo y ordenamiento comunitario : hacia la armonización o la uniformación de legislaciones en el seno de la CEE ?*". CIRIEC, Rev. Economía pública núm. 7, 1989, pág. 32 y ss.

- "*El Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, evolución, actualidad y perspectivas*". CIRIEC, Rev. Economía pública núm. 17, 1994, pág. 121 y ss.

"*Declaración de la Alianza Cooperativa Internacional sobre la identidad cooperativa. Los principios cooperativos*". ACI, INFES, COCETA, 1996.

DELGADO ECHEVERRÍA, J: revisa y pone al día LACRUZ BERDEJO, J.L: "Elementos de Derecho Civil I". Vol. 2º. Redactado por LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS. Dykinson, Madrid 1998.

- En LACRUZ BERDEJO, J.L: "Elementos de Derecho Civil III". Vol. 2º. LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO, RAMS y MENDOZA. Bosch, Barcelona 1991.

- - En LACRUZ BERDEJO, J.L: "Elementos de Derecho Civil III". Vol. 1º. LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS. Bosch, Barcelona 1990.

DIEZ ARGAL, W: "*Sociedades cooperativas: criterios jurisprudenciales de la sala primera del TS en los ochenta*". Deusto, Bilbao 1988.

DIEZ PICAZO, L: "*La representación en derecho privado*". Civitas, Madrid 1979.

- "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Tomo I. Civitas, Madrid 1996.

- "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Tomo II. Civitas, Madrid 1996.

- "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Tomo III. Civitas, Madrid 1995.

- "*Comentarios al Código Civil*": art. 1257 y ss., tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1993. Pág. 433 y ss.

DIEZ PICAZO, L; GULLÓN BALLESTEROS, A: "Sistema de Derecho Civil". Vol. I. Tecnos, Madrid 1995.

- "Sistema de Derecho Civil". Vol. I. Tecnos, Madrid 1998.

- "Sistema de Derecho Civil". Vol. II. Tecnos, Madrid 1995.

- "Sistema de Derecho Civil". Vol. II. Tecnos, Madrid 1997.

- "Sistema de Derecho Civil". Vol. III. Tecnos, Madrid 1998.

- "Sistema de Derecho Civil". Vol. IV. Tecnos, Madrid 1997.

- "Instituciones de Derecho Civil". Vol I/1. Tecnos, Madrid 1998.

- "Instituciones de Derecho Civil". Vol. I/2. Tecnos, Madrid 1998.

DIVAR, J: "*Régimen jurídico de las Sociedades Cooperativas*". Deusto, Bilbao 1987.

ENNECCERUS, L: "Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones". Vol. 2 (traducción de Pérez González y Alguer). Bosch, Barcelona 1935.

EUSA SOCIOLOGÍA, "*Demanda potencial de vivienda en siete ciudades españolas*" IGS Ediciones, Madrid 1992.

FAJARDO GARCÍA, G: "*La armonización de la legislación cooperativa en los países de la Comunidad Europea*". CIRIEC, Rev. Economía pública núm. 17 1994. Pág. 39 y ss.

- "*La responsabilidad del socio en la gestión económica de la cooperativa de viviendas desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo*", CIRIEC legislación y jurisprudencia, núm 5, Valencia, 1995, pág. 415 y ss.

- "*La gestión económica de la Cooperativa: la responsabilidad de los socios*". Tecnos, Madrid 1997.

FERNÁNDEZ FARRERES, G: "*Asociaciones y Constitución: estudio específico del art. 22 de la Constitución*". Civitas, Madrid 1987.

FERNÁNDEZ GARCÍA-LORENZANA, I: "*Aspectos jurídicos de las cooperativas de viviendas*". Curso de especialización de directores/gerentes de cooperativas de viviendas. Centro de Educación Cooperativa Luis Cuñat, Madrid 1991.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M: "*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*": dirigidos por M. ALBALADEJO, art. 392 y ss, LPH, tomo V, vol. 2º. Edersa, Madrid 1985. pág. 123 y ss., pág. 200 y ss.

FERRÁNDIZ GABRIEL, JR: "*Impugnación de acuerdos de Cooperativas y asociaciones*". Asociaciones, fundaciones y Cooperativas. Cuadernos de Derecho Judicial. 1996. CGPJ, pág. 65 y ss.

FERREIRA DA COSTA, F: "*As cooperativas na legislação portuguesa*". Lisboa 1976.

- "*Le coopératisme au Portugal*". Revue des études coopératives, Institut français de la coopération 1978, pág. 40 y ss.

- "*Étude bibliographique de la coopération au Portugal*". Revue des études coopératives, Institut français de la coopération 1979, pág. 51 y ss.

FERRI, G: "Trattato diritto civile italiano". Tomo III, vol. 10º. UTET, Torino 1971, pág. 721 y ss.

FUENTESECA, C: "*El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*". Bosch, Barcelona 1999.

GALGANO, F: "Diritto privato". CEDAM, Napoli 1994, pág. 106 y ss.

GARCÍA CANTERO, G: "*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*", dirigidos por M. ALBALADEJO. Edersa, Madrid 1980, tomo XIX, pág. 182 y ss.

GARCÍA CANTERO, G: “*Comentarios al Código Civil*”: art. 1462 y ss., tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993. Pág. 910 y ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E; FERNÁNDEZ, T.R: “Curso de Derecho Administrativo I”. Civitas, Madrid 1997, reimpresión 1998.

GARCÍA GUTIERREZ, C: “*Las Leyes de sociedades cooperativas en las CCAA*”. CIRIEC, Rev. Economía pública núm. 21, 1995, pág. 35 y ss.

GARCÍA MÁZ, F.J: “*Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa*”: sociedad civil. Consejo General del Notariado, tomo I, Madrid 1996, pág. 55 y ss.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A: “*Sistema jurídico de las Viviendas de Protección Oficial*”. Vol. 1º y 2º. Universidad de Navarra 1970.

GARRIDO DE PALMA, V.M: “*Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa*”: asociaciones. Consejo General del Notariado, tomo I, Madrid 1996, pág. 390 y ss.

GARRIGUES, J: “*Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*”: dirigido por GARRIGUES, J; URÍA, R, art. 7, tomo I. Instituto de Estudios políticos, Madrid 1952, pág. 173 y ss.

- “Curso de Derecho Mercantil”. Tomo I. Ed J. Garrigues, Madrid 1936. En 1976 revisado por Bercovitz, A. Reimpresión en 1997.

- “Curso de Derecho Mercantil”, revisado por SÁNCHEZ CALERO, F. Tomo II. Madrid 1983.

GIRÓN TENA, J: “*Sociedades civiles y mercantiles: distinción y relaciones en derecho español*”, RDM 1947, pág. 7 y ss.

- “Derecho de sociedades”, tomo I. Ed. J. Girón, Madrid 1976.

- “*Las sociedades mercantiles en el Código de comercio*”. Centenario del Código de comercio, vol. 1º. Ministerio de Justicia, Madrid 1986, pág. 170 y ss.

GÓMEZ APARICIO, A.P: “*Análisis de los aspectos financieros de la Sociedad Cooperativa de viviendas en España*”. Consejería de Economía, Comunidad de Madrid 1991. Tesis doctoral.

GÓMEZ LAPLAZA, Mª DEL C: “*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*”: dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, art. 1262, tomo XVII, vol. 1ºB. Edersa, Madrid 1993, pág. 48 y ss.

GONZÁLEZ, JERÓNIMO: “*El titular*”, Rev. Crítica Derecho Inmobiliario 1928, pág. 285 y ss; y “*Estudios de Derecho hipotecario y derecho civil*”. Tomo I. Ministerio de justicia, Madrid 1948, pág. 473 y ss.

GONZÁLEZ CARRASCO, MT: “*Comentario a la STS de 9-4-1996*”, en C.C.J.C núm. 42, pág. 979 y ss.

GONZÁLEZ ORDOÑEZ, J.M: “*Los criterios del derecho español sobre distinción de sociedades mercantiles y sociedades civiles y sus consecuencias prácticas*”, RDM 1956, pág. 51 y ss.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I: “*Comentarios al Código Civil*”: dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, art. 1257.2º, tomo XVII, vol. 1ºA. Edersa, Madrid 1993, pág. 358 y ss.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M: “*Nota sobre la fiducia en garantía*”. Bocetos jurídicos, AAMN, Reus, Madrid 1959, pág. 369 y ss.

GORDILLO CAÑAS, A: “*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*”: art.1727 y ss, tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1567 y ss.

GOURLAY, P.G: “*Répertoire DALLOZ*”: Droit des sociétés, cooperatives, tomo II. Dalloz, Paris 1990.

GOYENA SALGADO, FJ: “*Consecuencias económicas derivadas de la pérdida de la condición de socio cooperativista*”. Asociaciones, fundaciones y Cooperativas. Cuadernos de Derecho Judicial. 1996. CGPJ, pág. 281 y ss.

GROSSO, P: “*I controlli interni nelle cooperative*”. Quaderni di Giurisprudenza commerciale AG Giuffrè, Milano 1990.

GUILLET, E: “*Répertoire DALLOZ*”: Droit des sociétés, habitations à loyer modéré et crédit immobilier. Tomo III. Dalloz, Paris 1989.

GULLÓN BALLESTEROS, A: “*Mandatario que adquiere en nombre propio*” en Estudios Jurídicos en homenaje a De Castro I. Tecnos, Madrid 1976, pág. 761 y ss.

HERMÓGENES, M y TORRES, A: “El agujero. PSV y los dineros de UGT”. Temas de hoy 1995.

HERNÁNDEZ MORENO, A: “*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*”: art.1716, 1717 y 1725, tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1540 y ss, 1562 y ss.

HERNANZ CANO, L: “*Las comunidades de propiedad urbana*”. Colex, Madrid 1998.

HERRADA ROMERO, R.I: “*Comentario a la STS de 27-9-1995*”, Rev. Derecho Privado Junio 1996, pág. 504 y ss.

HUET, J: “*Traité de Droit civil*”. Les principaux contrats spéciaux. LGDJ, Paris 1996.

KINT, J; GODIN, M: “*Les sociétés coopératives*”. Maison Ferdinand Larcier. SA, Bruxelles 1968.

LACRUZ BERDEJO, J.L: “*Elementos de Derecho Civil III*”. Vol. 1º. Redactado por LACRUZ, LUNA, DELGADO, MENDOZA. Bosch, Barcelona 1990.

- “*Elementos de Derecho Civil III*”. Vol. 2º. Bosch, Barcelona 1980, colabora SANCHO REBULLIDA.

LASERRE, G: “*Les entreprises coopératives*”. Presses Universitaires de France, Paris 1977.

LASSO GAITE: “*Crónica de la codificación española*”. Ministerio de Justicia 1970.

“*La législation en vigueur dans les pays de la Communauté européenne en matière de entreprises coopératives dans la perspective du marché commun*”. CECA-CEE-

CEEA. Document Commission des Communautés européennes, Bruxelles 1993 (Istituto Italiano di Studi cooperativi “Luigi Luzzatti”, mai 1992).

LEÓN ALONSO, J.R.: *“Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales”*: dirigidos por M. ALBALADEJO, art. 1709 y ss., tomo XXI, vol. 2º. Edersa, Madrid 1986.

- *“Comentarios al Código Civil”*: art.1709 y ss, 1718, 1726 y tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1524 y ss, 1545 y ss.

LLOBREGAT HURTADO, Mª. L.: *“Mutualidad y empresas cooperativas”*. Bosch, Barcelona 1990.

LLUIS Y NAVAS, J.: *“Derecho de Cooperativas”*. Tomo I. Tomo II. Bosch, Barcelona 1972.

LÓPEZ NIETO, F.: *“La ordenación legal de las asociaciones”*. Bayer, Barcelona 1994.

- *“Manual de Asociaciones”*. Tecnos, Madrid 1987.

LÓPEZ VILAS, R.: *“Comentarios al Código Civil”*: art. 353 y ss., tomo I. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 991 y ss.

LUCAS FERNÁNDEZ, F.: *“Comentarios al Código Civil”*: dirigidos por M. ALBALADEJO, art. 1588 y ss. tomo XX, vol. 2º. Edersa, Madrid 1986, pág. 1 y ss, 171 y ss., 380 y ss.

- *“Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales”*: dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, art. 1544, tomo XX, vol. 1Aº. Edersa, Madrid 1997, pág. 201 y ss.

LUNA SERRANO en LACRUZ BERDEJO, J.L. : *“Elementos de Derecho Civil I”*. Vol. 2º. Redactado por LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO. Bosch, Barcelona 1990.

- LACRUZ BERDEJO, J.L: *“Elementos de Derecho Civil I”*. Redactado por LACRUZ, LUNA y RIVERO. Vol. 3º. Bosch, Barcelona 1990.

- LACRUZ BERDEJO, J.L: *“Elementos de Derecho Civil I”*, redactado por LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS. Vol. 3º. Dykinson, Madrid 1998.

- LACRUZ BERDEJO, J.L: *“Elementos de Derecho Civil III”*. Vol. 2º. LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO, RAMS y MENDOZA. Bosch, Barcelona 1991.

MALINVAUD, P; JESTAZ, P.: *“Droit de la promotion immobilière”*. Dalloz, Paris 1995.

MANRIQUE PLAZA, F.: *“Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa”*: LGC art. 129 y ss. Consejo General del Notariado, tomo I, Madrid 1996, pág. 1091 y ss.

MANRIQUE ROMERO, F; RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO, J.M: *“La Cooperativa : garantías formales para su eficacia en el tráfico”*, RDN, Madrid julio - diciembre 1980, pág. 29 y ss.

MARÍN LÓPEZ, JJ: *“Comentario a la STC de 21-3-1994”*, en C.C.J.C núm. 35, pág. 771 y ss.

- *“Comentario a la STS de 12-4-1994”*, en C.C.J.C núm. 36, pág. 963 y ss.

- *“El control judicial del poder disciplinario en los grupos privados”*. Asociaciones, fundaciones y Cooperativas. Cuadernos de Derecho Judicial. 1996. CGPJ, pág. 33 y ss.

MARTÍN FERNÁNDEZ, F.J: *“Las Cooperativas y su régimen tributario”*. La Ley, Madrid 1994.

MARTÍN PÉREZ, A: *“Comentarios al Código Civil y compilaciones forales”*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART. Edersa, Madrid 1993, tomo VI, pág. 211 y ss.

MATEO BLANCO, J: *“El retorno cooperativo”*. Institución F. El Católico y Caja Rural de Zaragoza 1990.

MERZ, S; BUSON, MT; CESCO, R; LUCCHESI, M.T; MADONNA, R; SCOCCA, V; SGUOTTI, P: *“Manuale pratico delle società cooperative”*. CEDAM Padova 1995.

MESSINEO, F: *“Manual de Derecho civil y comercial”*. EJE, Buenos Aires 1971.

MEYSSON, P; TIRARD, M: *“Contrat de promotion immobilière”* JURISCLASSEUR civil, 1975.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M: *“Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales”* dirigidos por M. ALBALADEJO, art. 392 y ss., tomo V, vol. 2º. Edersa, Madrid 1985, pág. 1 y ss., 383 y ss.

- *“Comentarios al Código Civil”*: art. 392 y ss., tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1993. Pág. 1066 y ss.

- *“Comentarios al Código Civil”*: art. 609., tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1993. Pág. 1543 y ss.

MIRANDA CABRERA, A: *“Manual del promotor inmobiliario”*. Comares, Granada 1997.

MONTÉS PENADÉS, VL: *“Derecho Civil. Parte general”*, redactado por CAPILLA, F; LÓPEZ, A; MONTÉS, VL; ROCA, E; VALPUESTA, MR. Tirant lo Blanch, Valencia 1998.

MONTOLÍO, J.M: *“Legislación cooperativa en la Comunidad Europea”*. INFES, Madrid 1993.

MORALES GUTIERREZ, AC: *“Ineficiencias del mercado y eficacia de las Cooperativas”*. CIRIEC, INFES, Madrid 1997.

MORENO TRUJILLO, E: *"La indivisión voluntaria en las comunidades de bienes"*. Bosch, Barcelona 1994.

MOSSA, L: *"Tratatto del nuovo diritto commerciale"*. Vol. IV, Cedam, Padova 1957, pág. 120 y ss, 297 y ss.

MUÑOZ DE DIOS, G: *"Posibles formas empresariales en la Propiedad Horizontal"*. RCDI 553. 1982, pág. 1505 y ss.

- *"Aportación de solar y construcción en comunidad"*. Espasa Calpe, Madrid 1980.

NART: *"El pago por consignación"*, Rev. Derecho Privado 1951. Pág. 206 y ss.

NAZZARO, C; PATERNOSTER, G: *"Le società cooperative"*. Pirola, Milano 1988.

NÚÑEZ IGLESIAS, A: *"Comunidad e indivisibilidad"*. Mc Graw Hill, Madrid 1995.

O' CALLAGHAN, X: *"Compendio de Derecho Civil"*, Tomo I. Edersa, Madrid 1997.

- *"La persona jurídica no lucrativa tipo asociación. Conceptos generales"*. Asociaciones, fundaciones y Cooperativas. Cuadernos de Derecho Judicial. 1996. CGPJ, pág. 11 y ss.

OCU, *"Dinero y derechos : Cooperativas de viviendas"*, abril 1996, núm. 34, pág. 16 y ss.

ORDUÑA MORENO, J: *"Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos"*. Redactado por BLASCO, F; CAPILLA; LÓPEZ, A; MONTÉS, VL; PRATS, L; ORDUÑA, J; ROCA, E; VALPUESTA, MR.. Tirant lo Blanch, Madrid 1998.

OSSORIO SERRANO, J.M: *"Comentarios al Código Civil"* : art. 870 y ss., tomo I. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 2132 y ss.

PANTALEÓN, F: *"Asociación y sociedad"*. ADC 1993, pág. 5 y ss.

PAPILLON, M: *"Les sociétés coopératives d'habitations à bon marché"*. Presses universitaires de France, Paris 1929.

PAZ CANALEJO, N: *"El nuevo Derecho Cooperativo Español"*. Digesa, Madrid 1979.

- *"La Constitución y las Cooperativas"*, Rev. Documentación Administrativa núm. 186. Presidencia del gobierno, Madrid 1980, pág. 73 y ss.

- *"Baja del socio cooperador. Causas, clases y procedimiento"*. Asociaciones, fundaciones y Cooperativas. Cuadernos de Derecho Judicial. 1996. CGPJ, pág. 205 y ss.

PAZ CANALEJO, N; VICENT CHULIÁ, F: *"Comentarios a la Ley General de Cooperativas"*: dirigidos por M. ALBALADEJO y F. SÁNCHEZ CALERO, art. 1 y ss., tomo XX, vol. 1º. Edersa, Madrid 1989.

- *"Comentarios a la Ley General de Cooperativas"*: dirigidos por M. ALBALADEJO y F. SÁNCHEZ CALERO, art. 29 y ss., tomo XX, vol. 2º. Edersa, Madrid 1990.

- "*Comentarios a la Ley General de Cooperativas*": dirigidos por M. ALBALADEJO y F. SÁNCHEZ CALERO, art. 67 y ss., tomo XX, vol. 3º. Edersa, Madrid 1994.

PAZ-ARES, C: "*Comentarios al Código Civil*": art. 1665 y ss., tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1299 y ss.

PENDÁS DÍAZ, B; GARCÍA ESCUDERO, P; ALONSO SOTO, F; PRIETO GUTIERREZ: "*Manual de Derecho Cooperativo*". Praxis, Madrid 1987.

PÉREZ CONESA, C: "*El contrato a favor de tercero*". Comares, Granada 1999.

PÉRINET-MARQUET, H: "*Répertoire DALLOZ*": Civil, habitation à loyer modéré. Tomo V. Dalloz, Paris 1989.

- "*Répertoire DALLOZ*": Civil, promotion immobilière. Tomo VII. Dalloz, Paris 1995.

PERINI, M: "*Edilizia economica e popolare*". Novissimo Digesto italiano, vol. VI. UTET 1968, pág. 388 y ss.

PINTÓ RUIZ, J : "*La naturaleza jurídica del pago*", Rev. Jurídica de Cataluña 1949, pág. 223 y ss.

PLANIOL, M; RIPERT, G: "*Traité de Droit Civil Français*". Tomo XI. LGDJ, Paris 1954.

POLO, A: "*Misión y sentido de la nueva Ley de cooperación*". RDP 1942, pág. 213 y ss y 273 y ss.

- "*Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil*". Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Uría. Civitas, Madrid 1978, pág. 546 y ss.

POLO, E: "*Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*": (los administradores y el Consejo de administración de las SA), tomo VI. Civitas, Madrid 1992, pág. 141 y ss.

PRADOS DE REYES, F; VIDA SORIA, J: "*Comentario a las Leyes políticas*". dirigidos por O. ALZAGA VILLAAMIL, artículo 129 de la CE, Cooperativas, tomo X. Edersa, Madrid 1985, pág. 57 y ss.

- "*Comentario a las Leyes políticas*": dirigidos por O. ALZAGA VILLAAMIL, artículo 129 de la CE, Cooperativas, tomo X. Edersa, Madrid 1998, pág. 89 y ss.

PUGLIATI, S: "*Esecuzione forzata e diritto sostanziale*". AG, Milano 1935, pág. 1 y ss.

PUIG BRUTAU, J: "*Compendio de Derecho Civil*". Vol. I. Bosch, Barcelona 1987.

- "*Compendio de Derecho Civil*". Vol. II. Bosch, Barcelona 1994.

- "*Fundamentos de Derecho Civil*". Tomo II, vol. II. Bosch, Barcelona 1982.

PUIG I FERRIOL, L. en PUIG BRUTAU, J: "*Fundamentos de Derecho Civil*". Tomo I, vol. I. Bosch, Barcelona 1979.

- "PUIG FERRIOL, L; GETE-ALONSO, MC; GIL RODRÍGUEZ, J; HUALDE SÁNCHEZ, JJ: "Manual de Derecho Civil II". Marcial Pons, Madrid 1998.

RACUGNO, G: "*La responsabilità dei soci nella Cooperative*". Quaderni di Giurisprudenza commerciale. AG, Giuffrè editore, Milano 1983.

RAMS ALBESA J. en LACRUZ BERDEJO, J.L: "Elementos de Derecho Civil III". Vol. 2º. LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO, RAMS y MENDOZA. Bosch, Barcelona 1991.

"*Régimen de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA*". Ministerio de Administraciones públicas, Secretaría de Estado para las Administraciones Territoriales, Madrid 1993, pág. 57 y ss.

RESCIGNO, P: "Manuale del Diritto privato italiano". CEDAM, Napoli 1996.

DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, J.M: "*Comunidad de bienes y empresa*". Mc Graw Hill, Madrid 1997.

RINAUDO, A: "*Le società cooperative*". AG, Giuffrè editore, Milano 1982.

RIVERO HERNÁNDEZ, J. en LACRUZ BERDEJO, J.L: "Elementos de Derecho Civil I", redactado por LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS. Vol. 3º. Bosch, Barcelona 1990.

- LACRUZ BERDEJO, J.L: "Elementos de Derecho Civil I", redactado por LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS, revisado por Delgado. Vol. 3º. Dykinson, Madrid 1998.

- LACRUZ BERDEJO, J.L: "Elementos de Derecho Civil II", redactado por LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS. Vol. 1º. Bosch, Barcelona 1994

- LACRUZ BERDEJO, J.L: "Elementos de Derecho Civil II", redactado por LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS. Vol. 2º. Bosch, Barcelona 1995.

- LACRUZ BERDEJO, J.L: "Elementos de Derecho Civil I". Redactado por LACRUZ, LUNA y RIVERO Vol. 3º. Bosch, Barcelona 1990.

ROCA SASTRE, R: "*Naturaleza jurídica de la aportación social*". RGLJ 1946, pág. 413 y ss.

ROEHRSEN, G: "*Edilizia popolare de economica*". Enciclopedia del Diritto vol. XIV. AG, Giuffrè editore 1965. Pág. 313 y ss.

ROMERO CANDAU, P.A: "*Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa*". Tomo I, artículo 34 y ss. Consejo General del Notariado, Madrid 1996, pág. 644 y ss. LGC, art. 34 y ss.

SAINT-ALARY, G: "*Répertoire DALLOZ*". Droit des sociétés, cooperatives d'habitation, tomo II. Dalloz, Paris 1989.

DE SALAS MURILLO, S: "*Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho Español*". Centro de Estudios Registrales, Madrid 1999.

SALVADOR CODERCH, P: “*Comentarios al Código Civil*”: art. 1588 y ss., tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pág. 1175 y ss.

SAMANES ARA, C: “*La división de la cosa común*”. Tecnos, Madrid 1995.

SÁNCHEZ CALERO, F: “*Instituciones de Derecho Mercantil*”. Vol. 1º. Mc Graw Hill, Madrid 1988.

- “*Instituciones de Derecho Mercantil*”. Vol. 2º. Mc Graw Hill, Madrid 1997.

- “*Los conceptos de sociedad y empresa en la Ley de cooperativas*”. Libro homenaje a R. M. Roca Sastre, vol. III. 1976. Colegio Notarial, pág. 494 a 524.

SÁNCHEZ CALERO, F; OLIVENCIA RUIZ M: “*Relaciones del régimen jurídico de las sociedades mercantiles y de las sociedades cooperativas*”, en volumen: el cooperativismo español en la coyuntura económica actual, Anales de moral social y económica, vol. 6. Centro de Estudios sociales de la Sta. Cruz del Valle de los caídos, Madrid 1964, pág. 135 y ss.

SANCHÍS PALACIO, J.R: “*Análisis estratégico de la empresa cooperativa*”. Tirant lo Blanch, Valencia 1995.

SANTAMARÍA PASTOR: “*Comentarios a la Constitución* ” de Garrido Falla, art. 22. Civitas, Madrid 1985, pág. 279 y ss.

SANTIAGO REDONDO, K: “*La nueva regulación italiana en materia de cooperativas*”. Rev. Relaciones Laborales, núm. 7 1993, pág. 69 y ss.

SANTOS BRIZ, J: “*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*”: dirigidos por M. ALBALADEJO, art. 1887 y ss, tomo XXIV. Edersa, Madrid 1984, pág. 45 y ss.

SANZ JARQUE, J.J: “*Cooperación. Teoría general y régimen de las Sociedades Cooperativas. El nuevo derecho cooperativo*”. Comares, Granada 1994.

- “*Las Cooperativas en Iberoamérica (La institución cooperativa y el nuevo Derecho cooperativo)*”. RCDI 609. 1982, pág. 799 y ss.

SCAEVOLA: “*Código Civil comentado*”: art. 1542 a 1582, comentado por RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE. Tomo XXIV. Reus, Madrid, 1952, pág. 433 y ss.

SCHWARZ DA SILVA, H: “*L. expérience coopérative portugaise : clivages et dialogues*”. Revue des études coopératives 1985, núm. 115, pág. 183 y ss.

SCORDINO, F: “*La società cooperativa*”. CEDAM, Napoli 1970.

SEGURA ZURBANO, J.M: “*Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa*”: Comunidad de bienes. Consejo General del Notariado, tomo I, Madrid 1996, pág. 1 y ss.

SERNA MEROÑO, E: “*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*”: dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, art. 1259, tomo XVII, vol. 1º-A. Edersa, Madrid 1993, pág. 465 y ss.

SERRANO Y SOLDEVILLA, AD: *"La Cooperativa como sociedad abierta"*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Sevilla 1982.

SIMONETTO, E: *"La Cooperativa"*. CEDAM, Padova 1986.

SUAREZ GONZÁLEZ, C: *"Comentarios al Código Penal"*: dirigido por RODRIGUEZ MOURULLO, artículo 290 y ss. civitas, Madrid 1997, pág. 832 y ss.

TERRÉ, F y SIMLER, P: *"Droit Civil"*, Les biens. Dalloz, Paris 1992.

TORRES LANA, JA: *"Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales"*: art. 1583 y ss, tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 1171 y ss.

TOURNAFOND, O: *"Répertoire DALLOZ"*: Civil, Vente d'immeuble à construire, tomo IX. Dalloz, Paris 1994.

TRIMARCHI, P: *"Istituzioni di Diritto privato"*. Giuffrè, Milano 1996, pág. 576 y ss.

TRUJILLO CALZADO, M.I: *"La constitución convencional de comunidades"*. Bosch, Barcelona 1994.

TRUJILLO DÍEZ, I.J: *"Las relaciones mutualistas entre socio y Cooperativa desde el derecho de sociedades y el derecho de contratos: una jurisprudencia en construcción"*. Cuadernos de Derecho y comercio núm. 26, 1998, pág. 126 y ss.

- *"Comentario a la STS de 16-2-1998"*, en C.C.J.C núm. 47, pág. 809 y ss. (Por error tipográfico se confunde la Sentencia que es de 3-3-1998, Ar. 1128).

- *"Comentario a la STS de 16-3-1998"*, en C.C.J.C núm. 48, pág. 999 y ss.

- *"Baja del socio cooperativo y reembolso de sus aportaciones sociales"*. Actualidad Civil I/1998, marginal 113 y ss.

URÍA, R: *"Derecho Mercantil"*. Marcial Pons, Madrid, 1998.

VALDÉS DAL-RE, F: *"Las Cooperativas de producción"*. Montecorvo, Madrid 1975.

VALLE MUÑIZ, JM: *"Comentarios al nuevo Código Penal"*: dirigido por QUINTERO OLIVARES y coordinados por el propio VALLE MUÑIZ, artículo 290 y ss. Aranzadi, Pamplona 1996, pág. 1338 y ss.

VALLET DE GOYTISOLO, J: *"Contrato de compraventa a favor de persona a designar"*. AAMN, Reus, Madrid 1954, pág. 559 y ss.

- *"Comentarios al Código Civil y compilaciones forales"*, dirigidos por ALBALADEJO, M. Edersa, Madrid 1989, tomo XIV vol.2º, pág. 447 y ss.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª.R en CAPILLA, F: *"Derecho Civil. Obligaciones y contratos"*. Redactado por BLASCO, F; CAPILLA; LÓPEZ, A; MONTÉS, VL; PRATS, L; ORDUÑA, J; ROCA, E; VALPUESTA, MR. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

VERCELLONE, P: *"Cooperazione e imprese cooperative"*. Novissimo Digesto italiano, vol. IV. UTET 1968

VERGEZ SÁNCHEZ, M: *“El derecho de las cooperativas y su reforma”*. Civitas, Madrid 1973.

- “Comentario a la STS de 26-I-1983”, en C.C.J.C núm. 1, pág. 81 y ss.

- “Comentario a la STS de 27-I-1984”, en C.C.J.C núm. 4, pág. 1279 y ss.

VERRUCOLI, P: *“La società cooperativa”*. AG, Milán 1958.

- “Cooperative”, Enciclopedia del diritto, vol. X. AG, Milano 1962, pág. 549 y ss.

- “Per una riforma della società cooperativa”, Riv. Diritto commerciale, 1974.1º, pág. 1 y ss.

VICENT CHULIÁ, F: *“Análisis crítico del nuevo Reglamento de cooperación. Decreto 2396/1971 de 13 de agosto, (BOE de 9 de octubre)”*, Rev. de Derecho Mercantil 1972, núm. 125-126, pág. 429 y ss.

- “El régimen económico de la cooperativa en la nueva Ley de 19 de diciembre de 1974”, REVESCO, UCM, Madrid, 1974, núm. 36, 37 y 38 (monográfico a la Ley de 1974). Pág. 157 y ss.

- “Las empresas mutualísticas y el Derecho Mercantil en el ordenamiento español”, Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario 1976, núm. 512, pág. 69 y ss.

- “Los órganos sociales de la Cooperativa”, Rev. Jurídica de Cataluña núm. 1, 1978, pág. 65 y ss.

- “El accidentado desarrollo de la legislación cooperativa”, Rev. Jurídica de Cataluña núm. 4, 1979, pág. 107 y ss.

- “La legislación cooperativa autonómica”, Rev. Jurídica de Cataluña núm. 2, 1985, pág. 83 y ss.

- “Compendio crítico de Derecho Mercantil”. Tomo I, vol. 2º. Bosch, Barcelona 1991.

- Reseña a la obra de LLOBREGAT HURTADO “Mutualidad y empresas cooperativas”, RGD 571/1992, Valencia, pág. 3031 y ss.

- “El derecho de información del socio en la Cooperativa”. Asociaciones, fundaciones y Cooperativas. Cuadernos de Derecho Judicial. 1996. CGPJ, pág. 175 y ss.

- “Introducción al Derecho mercantil”. Tirant lo Blanch, Valencia 1998.

VILLAR EZCURRA, J.L: *“La protección pública a la vivienda”*. Montecorvo, Madrid 1981.

VILLAROYA, J. M: *“Breve historia del constitucionalismo español”*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1987.

VITORINO DE QUEIROZ, M: *“Le secteur coopératif au Portugal. Le cadre juridique après la Constitution”*. Revue des études coopératives 1987, núm. 21, pág. 73 y ss.

WALET, P: *“Répertoire DALLOZ”* : Droit des sociétés, cooperatives de construction, tomo II. Dalloz, Paris 1994.